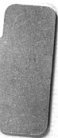
SPIEGAZIONE STORICA DELLE INSTITUZIONI DELL'IMPERATORE GIUSTINIANO...

ORTOLAN

SPIEGAZIONE

DELLE

INSTITUZIONI DI GIUSTINIANO

SPIEGAZIONE STORICA

DELLE INSTITUZIONI

DELL' IMPERADORE GIUSTINIANO

COL TESTO, LA TRADUZIONE, E LE SPIEGAZIONI SOTTO CIASCUN PARAGRAFO

PRECEDUTA DA UNA

GENERALIZZAZIONE DEL DRITTO ROMANO

SECONDO I TESTI ANTICAMENTE CONOSCIUTI, O PIU' RECENTEMENTE SCOVERTI

DEL SIG. ORTOLAN

Professore nella facoltà di dritto di Parigi

RECATA IN ITALIANO

DALL'AVV. PASQUALE DE CONCILIIS

SULLA QUARTA EDIZIONE DI PARIGI

TOMO SECONDO

NAPOLI

TIPOGRAFIA DI VINCENZO PRIGGIOBBA

Strada Pignatelli N.° 3 e 4, di rimpetto alla carteria del Fibreno.

1852.

SPIEGAZIONE STORICA

DELLE

INSTITUZIONI DI GIUSTINIANO

LIBRO SECONDO

TITULUS I.	TITOLO I.
DE RERUM DIVISIONE.	DELLA DIVISIONE DELLE COSE.

Non vi è parola che tanto arrendevolmente si presti ai diversi capricci del linguaggio, quanto quella di *res* in latino, *chose* nella nostra lingua, cosa in italiano. Questa pieghevolezza si è in parte estesa fin nella lingua del dritto. Facciamoci pertanto a determinare il senso legale della parola.

L' uomo rapportando a se tutto quel che esiste; considerando tutti gli oggetti qualunque sieno, animati o inanimati, in quanto son sottoposti, o almeno destinati a' suoi bisogni, o a' suoi piaceri, e possono per conseguente formar per lui l' obbietto di un dritto, ha dato ad essi il nome di cose (*res*). Questo è il senso *originario*, e *primitivo*. In questo senso presso i popoli che riconoscono la schiavitù, gli schiavi uomini degradati, destinati a' bisogni, e divenuti l' obbietto de' dritti di altri uomini son posti nel novero delle cose.

Sulla maggior parte di questi obbietti reali la legge ha dato de' dritti ad esercitare; questi dritti considerati come obbietti convenzionali, di cui gli uomini possono disporre, che son destinati a' loro bisogni, e che possono per conseguenza divenire alla lor volta l' obbietto di altri dritti han-

no anch' essi dalla legislazione romana ricevuto il nome di cose (*res*), questo è il senso *improprio e figurato*.

E però in dritto romano per cose s' intende qualunque oggetto corporale considerato come sottoposto, o almeno destinato all' uomo, e qualunque dritto che su questi oggetti la legge concede (1).

Le persone sono tutti gli esseri umani, o di pura creazione giuridica, considerati in quanto possono essere il *subbietto* attivo, o passivo de' dritti.

Le cose son tutti gli oggetti corporali, o di pura creazione giuridica, considerati in quanto possono esserne l'obbietto.

Queste sono delle nozioni, che abbiamo sufficientemente spiegate nella nostra *General. del dritto romano* n.° 3, e 35 pag. 14, e 64.

Il giureconsulto non studia le cose per riconoscere la loro natura, e le loro proprietà fisiche; egli le studia per determinare i dritti, che gli uomini possono avere su di esse. Non però di meno alcune volte la prima di queste considerazioni esercita un potere diretto sulla seconda. Così la natura fisica del sole, del mare, delle sue rive, dell'aria, de' fiumi, degli animali selvatichi ha fatto stabilire i dritti ben differenti, che gli uomini posson pretendere su questi obbietti. Similmente secondo che una cosa ha un individualità distinta, ovvero forma una massa, che si estima secondo il numero, peso, o misura, secondo che se ne può ritrarre un utile senza distruggerla o dividerla, senza cambiare la sua natura, secondo che è mobile, o no, variano i dritti di cui essa è l' obbietto. Ecco dunque tante proprietà corporali, alle quali il giureconsulto deve aver riguardo. Queste considerazioni generali non appartengono pecialmente alla legislazione romana; esse serviranno a ben ndicare il rapporto, sotto il quale le cose debbono esser riguardate. Le principali questioni a risolvere son queste: Quali sono le diverse specie di cose che distinguono i giureconsulti? Quali sono i differenti dritti, di cui le cose possono es-

(1) *D. 90. 16. 23. f. Ulp.*

ser l'obbietto? Come si acquistano, e si perdono questi dritti?

L' impronta particolare del popolo romano fu impressa su questa parte del dritto, non altramente che su tutte le altre, ma la forza del tempo la cancellò più compiutamente che nelle altre; poche opere ci son rimaste, perchè noi la possiamo riconoscere. D'altra parte l'attenzione rivolta alle persone ha stornato dallo studio delle cose, e però le nozioni storiche su questa materia son meno comuni, e più inesatte. Io profitterò del manoscritto di Gaio, e di altri fonti per istabilire alcune idee su quest' oggetto.

Delle cose all' epoca delle Dodici Tavole.

I frammenti delle Dodici Tavole giunti sparsamente fino a noi son troppo monchi, perchè possiamo esser certi se questa legge conteneva espressamente una divisione delle cose. Non pertanto l'organizzazione religiosa, e l'istituzione de' pontefici pienamente in vigore a quell' epoca non no lasciano dubitare, che non vi fossero allora delle cose solennemente consacrate agl' Iddii (*res sacrae*); similmente le numerose disposizioni di questa legge sui funerali (*Hist. du droit* pag. 98, 10.ª tavola) ne rendono certi, che la legge annoverava in un ordine distinto le cose consacrate alla sepoltura degli uomini (*res religiosae*); in fine la favola della morte di Remo, anche ammettendo che non abbia veruna realtà, prova almeno, per ciò solo ch' essa già esisteva al tempo delle Dodici Tavole, che le mura della città eran protette da una sanzione legale (*res sanctae*). Così quella prima distinzione di certe cose poste fuori del commercio degli uomini, e che i giureconsulti dicono *res divini juris* rimonta all' origine della legislazione (1). Lo stesso è delle cose pubbliche (*res publicae*); e delle cose comuni, come il mare, e le sue rive (*res communes*). Quanto alla qualità di mobile, o d'immobile, che nella più parte

(1) Oltre le pruove qui esposte, un'infinità di passi in Cicerone, Festo, Aulo Gellio, etc. rendono certa l'esistenza di questa distinzione.

delle moderne legislazioni è il fondamento della principale divisione delle cose, nel dritto romano non fu mai la base di alcuna divisione precisa, quantunque alcune volte si avesse riguardo a questa qualità, e la stessa legge delle Dodici Tavole avesse stabilito una differenza tra l'uso d'un fondo, e quello delle altre cose (*Hist. du droit* p. 88. 6.ª tavola, e quì sop. *General. del dritto rom.* n. 45 p. 84).

Proprietà all'epoca delle Dodici Tavole.

Io non farò parola de'differenti dritti, che si possono avere su di una cosa, ma solamente del dritto di proprietà. La legge delle Dodici Tavole non riconosceva che una sola specie di proprietà: il solo cittadino era capace di averla; lo straniero non potea aspirarvi; questa proprietà non poteva acquistarsi, distruggersi, o trasferirsi da un cittadino all'altro se non per certi determinati avvenimenti. I giureconsulti più tardi la nominarono *dominium ex jure Quiritium* dominio secondo il dritto de'Romani, dominio romano, e quegli che l'avea fu nominato *dominus legitimus* proprietario secondo la legge (1). Chi non avea cosiffatta proprietà riputavasi non averne alcuna; e la legge non riconosceva i suoi dritti. « *Aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur Dominus* » (2).

Maniera di acquistare, e di trasmettere il dominio romano.

È grave errore il credere che il dominio romano secondo le Dodici Tavole non potesse acquistarsi che in un sol modo; similmente è grave errore il pensare che tra i modi di acquistar questo dominio non ve ne fosse niuno naturale. L'occupazione senza dubbio produceva questo effetto; per essa acquistavasi il bottino, e gli schiavi presi agl'inimici, di cui i Romani si dicevano certamente proprietari *ex jure Quiritium*. Io ancora mi penso, e ne addurò

(1) *Varr. De r. r.* 2. 10. n. 4. — (2) *Gai.* 2. §. 40. — *Cic.* 5. *in Ver.* 2. 12.

fra poco le mie ragioni, che la *tradizione naturale* era ammessa in certi casi. Or se questi modi naturali di acquistare erano ammessi, essi producevano necessariamente il dominio romano, perciocchè a quel tempo non eravi altra specie di proprietà. Ma vi ha di più: ciò che serviva di tipo era un modo naturale di acquistare, l' *occupazione;* perciocchè l' asta era pe' romani il primo modo di acquistare, ed il simbolo legale del dominio secondo la legge.

Quanto ai modi civili ve ne avea parimente più d'uno, e tutti aveano un carattere particolare. Nel primo posto va collocato il *mancipium*, di cui parlasi in un frammento delle Dodici Tavole (*Hist. du droit* p. 88. 6.ª tavola). Quest'atto era un alienazione solenne, la quale non poteva aver luogo che tra cittadini romani, innanzi a testimoni cittadini, con una bilancia, un pezzo di metallo, e pronunziando delle parole che formavano la legge delle parti. Non si può far a meno di riconoscere in esso le primitive vendite di un popolo, che misura il metallo a peso (1), che tiene per nulla gli stranieri, e che, salvo il combattere, crede non dover con essi avere alcun altra relazione. Col mezzo di questa solenne alienazione il capo di famiglia vendeva le persone soggette alla sua potestà, ed il marito acquistava il dominio della sua donna. Il nome di *mancipium*, che dinotava l' atto, fu ancora per figura di lingua adoperato a significare il dritto che esso produceva (2), e quindi si disse aver una cosa in *mancipio* per dire, averla in suo dominio.

Ma è egli vero che la tradizione al tempo delle Dodici Tavole dovea sempre esser accompagnata dalle formalità del *mancipium*, e che fatta semplicemente non poteva in niun caso dare il dominio? Egli è fuor di dubbio che riguardo ad alcuni oggetti importanti, come gli schiavi, i fondi rustici, il proprietario facendone la tradizione senza formalità, comechè con l'intenzione di trasferirne la proprietà, non la tras-

(1) Plinio indica formalmente quest' origine: dopo aver detto che ne' primi tempi si pesava il metallo, egli aggiugne: *Qua consuetudine in his emptionibus, quae mancipii sunt, etiam nunc libra interponitur (Pl. Hist. nat. lib. 33, cap. 3).* — (2) Lucrezio 3. 984. Seneca ep. 72.

feriva punto, e non cessava d'esserne il solo proprietario. Ma applicavasi veramente questo rigore di forma agli oggetti di consumo, a quelle cose che si comprano alla giornata, come le vesti, il vino, le derrate necessarie al nutrimento? Ciò è ben difficile a credere. Certamente quando la bilancia, ed il metallo avevano un uso reale, quello cioè di pesare il prezzo, doveano adoperarsi necessariamente in tutte le compre, ma quando si ridussero ad esser non altro che un simbolo, quando l'uso, e le leggi vi aggiunsero la necessità di più testimoni cittadini, e di parole sacramentali, queste formalità divenute legali non si dovettero ricercare per le piccole vendite o tradizioni, delle quali ho fatto menzione (1).

Un altro modo civile di acquistare il dominio romano era l'uso, espressione alla quale quì bisogna attribuire il senso di possesso (*usus*, *usus auctoritas*) (2). Quando una co-

(1) L'opinione che io espongo, contraria a quella di molti gravi autori farebbe rimontare all'epoca delle Dodici Tavole, ed anche prima, la distinzione delle cose, in cose per le quali il *mancipium* era necessario (*res mancipi*), e cose per le quali la semplice tradizione bastava (*res nec mancipi*). Io confesso che non si trova la traccia indubitata di siffatta distinzione, se non negli autori posteriori (Cic. *prop. Flac.* 32), e che questi autori non ci dicono, che siffatta divisione esisteva al tempo delle Dodici Tavole, ma del pari questi non ci dicono ch'essa non esisteva. D'altra parte non si ha in certa guisa nello stesso *mancipium* l'esempio d'una cosa *nec mancipi*? Il metallo, che formava il prezzo della vendita, non era mancipato; e nonpertanto esso passava nel dominio del venditore. *Nel momento che correggo questo foglio di stampa trovo in Gaio un passo che prova positivamente, che le cose mancipi esistevano al tempo delle Dodici Tavole (G. com. 2. §. 47. — Ulp. 11. §. 27. —* (Nota della prima edizione). — Di poi tutto mi ha confermato in quest'opinione, che ormai credo non doversi più rivocare in dubbio (Ved. pure *Inst.* 2. §. 41.).

(2) Non si è generalmente di accordo sulla spiegazione della parola *auctoritas* adoperata nelle Dodici Tavole (*Hist. du droit* p. 47. 6.ª tavola. Il certo è che le parole *usus auctoritas*, *usus et auctoritas* dinotano l'uso a fine di acquistare. Ecco il passo di Cicerone nel quale trovasi presso a poco il frammento delle Dodici Tavole: « *Quoniam* usus auctoritas fundi biennium *est*, *sit etiam aedium. Ast in lege aedes non appellantur et sunt : caeterarum rerum*, *quarum annuus est usus* « (*Cic. top.* 4.). Ed altrove « *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium ; at utimur eodem jure in aedibus, quae in lege non appellantnr* » (Cic. *Pro Coes.* 19.). Intorno a questa espressione rimasta così oscura h-

sa era trasmessa da alcuno che non ne era proprietario, ovvero quando era stata consegnata naturalmente, ne'casi in cui la tradizione naturale non era sufficiente, quegli, che l' avea ricevuta non ne diveniva proprietario, ma se egli ne avea goduto due anni pei fondi, un anno per le altre cose, acquistava il dominio romano per quest'uso, per questo possesso. In tal modo il marito, quando avea ricevuto la moglie per via di semplice tradizione, ne diveniva proprietario per l'uso di un anno, cioè pel possesso di un anno (p. 329).

Il dominio romano acquistavasi ancora per una cessione *in jure*. Noi non abbiamo alcun frammento testuale delle Dodici Tavole, nel quale si parli di questo modo di acquistare, nè conosciamo il nome, che in queste venivagli dato (1); ma sappiamo da'*Vaticana Fragmenta*, che in esse trovavasi confermato (*Hist. du droit* p. 90 6.ª tavola); e non si può non riconoscervi un' istituzione di que' primi tempi. Questo modo consisteva in un simulacro di lite innanzi al magistrato. Quegli, al quale si voleva cedere il dominio di una cosa, la rivendicava per finzione, come sua propria; quegli che voleva cederla non faceva alcuna obbiezione, ed il magistrato come se pronunziasse sul dritto dichiarava la cosa appartenere a colui, che l'avea rivendicata. In questa guisa anche prima delle Dodici Tavole facevasi la liberazione degli schiavi, che in questo caso era detta *manumissio vindicta* liberazione per la vindittа (*per la rivendicazione* vedi tom. 1.° p. 148 e 232). Io non sarei alieno dal credere che questa espressione fosse generale, e che in tutt'i casi, ne' quali una cosa era stata ceduta, e acquistata per via di siffatta rivendicazione simulata, si dicesse essersi acquistata *vindicta*, per la vinditta.

L' aggiudicazione fatta dal giudice era un quarto modo

esposta una spiegazione, che mi pare soddisfacente. *Auctoritas* nell'antico linguaggio del dritto, ed in un senso particolare significa garentia contro l'evizione (*de evictione cautio*). *V. Dig. 21. 2. De evictionibus 76. f. Venulej. Usus auctoritas* è dunque la garentia, che l' uso, o il possesso della cosa pel tempo richiesto dalla legge, vi procura contro l'evizione. —
(1) Al tempo di Cicerone questo modo di acquistare già appellavasi in *jure cessio* (*Cicer. top. 5.*).

civile di trasferire il dominio romano. Essa avea luogo quando più coeredi, o comproprietari della medesima cosa si presentavano in giudizio per farla dividere; ovvero quando tra vicini si faceva lite per far istabilire i confini. Ciascuna delle parti acquistava il dominio romano di ciò che erale aggiudicato. Alcuni frammenti del Digesto, e parecchi passi di antichi autori provano, che questo modo di acquistare esisteva nella legge delle Dodici Tavole (1); ma non sappiamo qual denominazione allora si avesse.

Da ultimo il dominio romano acquistavasi eziandio in altri casi specialmente determinati dalla legge. Tal' era il caso del legato (quello che facevasi *per vindicationem*), pel quale le Dodici Tavole dicevano : *Uti legassit super pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto* (2), (Vedi *Gener. del dritto rom.* p. 132).

Da questi determinati avvenimenti in fuori, nè il consenso delle parti, nè la stessa tradizione produceva alcun dritto di proprietà, perciocchè non conoscevasi mezzo tra l'esser proprietario, secondo il dritto de'cittadini, e non essere affatto proprietario. Cosiffatta era la legislazione delle Dodici Tavole. Essa venne modificata, quando i Romani cominciarono ad ammettere alcune private relazioni con gli stranieri : allora il dritto delle genti s' insinuò in parecchi punti. I comentari di Gaio (libro 2), e soprattutto un titolo delle *Regole* d' Ulpiano (il titolo 19) ci danno delle nozioni precise su tale legislazione al tempo di questi giureconsulti. Ora ci faremo ad esaminare qual essa era in quest'epoca, nel che avremo a procedere sopra un terreno più sicuro, perchè abbiamo testualmente i principi, ed i termini tecnici.

Delle cose al tempo di Gaio, ed Ulpiano.

La grande divisione stabilita da Gaio nel cominciare a trattar di questa materia è quella delle cose di dritto divino (*res divini juris*), e cose di dritto umano (*res humani ju-*

(1) *D. 10. 2. 1. f. Gai.* — Festo par. *Erctum* pei coeredi — *Cicer. De leg. 1. 21. Id. Nonius par. Jurgium* pei vicini. — (2) *Ulp. Reg. 11. §. 14,* — Vedi pure *Hist. du droit* p. 15 5.ª tavola.

ris) (1). La prima classe comprende le cose sacre, religiose, e sante; la seconda le cose pubbliche e private. Questa divisione viene, come abbiam provato, dalle Dodici Tavole. In ciò che ne dice Gaio si ravvisano le tracce dello stato, in cui allora trovavasi il romano impero. Infatti questo giureconsulto stabilisce ancora per principio che una cosa non si può altrimenti render sacra che con l'autorità del popolo romano (*auctoritate populi romani*) (2); ma al senato spetta di rappresentare il popolo, e di dare l'autorizzazione (*senatus consulto facto*). Similmente ei distingue il suolo dell'Italia, da quello delle province; il suolo d'Italia è nel dominio di ciascun cittadino, che lo acquista; ma il suolo delle province (salvo quello che è stato ammesso alla partecipazione del dritto civile romano per la concessione del *jus italicum*) è nel dominio del popolo romano per alcune province (*provinciae populi romani ; praedia stipendiaria*) ; ed in quello dell'Imperadore, per le altre (*provinciae Caesaris; praedia tributoria* (*Hist. du droit* p. 234 e 235); quanto ai particolari che posseggono questo suolo essi in certo modo non ne hanno che il possesso, ed il godimento col carico di pagare l'annuale tributo, come una specie di fitto. Di qui provenivano maggiori differenze tra i beni dell'Italia, e que' delle province (Ved. *General. del dritto rom.* n. 40 p. 70). Gaio in questo luogo accenna una sola di tali differenze, ed è, che in Italia i proprietari possono pel sotterramento de' cadaveri render religiose le loro terre, perchè queste terre a loro si appartengono; mentrechè nelle province, siccome il suolo appartiene al principe, o al popolo, così a rigore di dritto le terre non divengono religiose per la sepoltura de'particolari; non pertanto son considerate come tali (3).

La seconda divisione stabilita da Gaio è quella delle cose corporali, ed incorporali (4).

Finalmente la terza quella delle cose *mancipi*, e delle cose *nec mancipi*. Questa divisione è chiaramente espressa ne'

(1) *Gai comm.* 2. §. 2.— (2) *Cicer. Pro domo.*— (3) *Gai comm.* 2. §. *fino a* 12 *e* 21. — (4) *Gai* 2. §. 13. *a* 15.

giureconsulti di questo tempo. « Sono cose *mancipi*, dice Ul-
« piano, 1.° tutti gl'immobili in Italia o rustici come un pode-
« re, o urbani, come una casa; 2.° le servitù d'immobili ru-
« stici, come i dritti di passaggio (*via*, *iter*, *actus*), i dritti
« di acquedotto, ed altri; 3.° gli schiavi, ed i quadrupedi,
« *quae dorso, collove domantur*, che portano, o tirano de'cari-
« chi (il che corrisponde alla nostra espressione bestia da
« soma). Le altre cose sono *nec mancipi*; gli elefanti, ed i cam-
« melli sono in quest'ultima classe, benchè possano esser do-
« mati *dorso collove*, perchè, dice il giureconsulto, di loro
« natura sono animali selvatichi (1) ». A questa enumerazio-
ne fatta da Ulpiano si dee aggiugnere la riflessione di Ga-
io, che le cose incorporali sono *nec mancipi*, salvo le servitù
non tutte, ma solamente quelle de' fondi rustici (2). Queste
ultime erano per eccezione annoverate nella classe delle *res
mancipi* probabilmente come più antiche, e più importanti,
ed a cagione della loro utilità per l'agricoltura.

L'eredità, universalità di beni e di dritti, e per questo
riguardo cosa incorporale, tuttochè comprenda de' beni cor-
porali (ed alcune volte anche considerata come persona giu-
ridica) non era cosa *mancipi* (3). Nonpertanto noi vedremo
che il patrimonio intero del cittadino, l'universalità de'suoi
beni, e de'suoi dritti futuri (*familia sua, idest patrimonium
suum*, dice Gaio; *familia pecuniaque*, dice la formola) era
considerata capace di mancipazione, e da ciò si deduceva un
mezzo indiretto di far testamento (4).

Aggiugniamo eziandio, che non solamente lo schiavo,
ma l'uomo libero, il figliuolo di famiglia, la donna *in ma-
nu viri* erano considerati come *res mancipi*, perciocchè pote-
vano esser dati in potestà di altri per via della mancipazione.

Noi abbiam notato nella nostra *Generaliz. del dritto rom.*
n. 39, 40 e 41 p. 69 e seg. la relazione che passa tra questa
qualità di cosa *mancipi*, e la partecipazione del dritto civile,
del dritto della città romana. Niuna cosa non può esser *man-*

(1) *Ulp. Reg. 19. 1.* — *C. 2. 25 e seg.* — (2) *Gai. 2. 17.* — (3) *Gai
2. §. 34.* — (4) *Gai 2. §§. 102, ed 104.*

cipi, se non partecipa al dritto civile romano: ecco perchè solo l'*ager romanus* nel principio, e poi il suol d'Italia per estensione ebbero in fatto d'immobili siffatto carattere; ecco perchè al tempo ancora di Gaio, e d'Ulpiano il suolo delle province n'è compiutamente privo, salvo che non si tratti di territori, a'quali siasi conceduto il *jus italicum*; ecco ancora perchè i cammelli, e gli elefanti, il cui solo aspetto dimostra l'origine straniera non sono *res mancipi*, tuttochè sieno realmente bestie da soma.

Ma noi non ammettiam come vera la proposizione reciproca, cioè che ogni cosa, la quale è ammessa alla partecipazione del dritto civile romano, sia per ciò solo *res mancipi*. In ciò noi riguardiamo come falsa l'assimilazione fatta per intero tra la qualità di *res mancipi*, e la *partecipazione al dritto civile*. Le cose *mancipi* sono una determinata classe di cose più particolarmente designate tra quelle ammesse alla partecipazione del dritto civile romano, e soggette ad un dritto speciale per cagione di alcune considerazioni sulla loro natura o sulla loro importanza. Non pertanto i giureconsulti romani, che noi conosciamo, non danno alcuna regola generale per determinare quali sono le cose *mancipi*, ma ne fanno solamente l'enumerazione (1).

(1) Si può osservare: 1.° che tutte le cose *mancipi* senza eccezione, sono cose conosciute da' Romani da' primi tempi fino all' incorporamento dell' Italia nella Città, e comprese nella partecipazione al dritto civile; 2.° che tutte senza eccezione sono cose che non si consumano per l'uso; ma che la proposizione reciproca non è punto vera; 3.° che in fatti in quest' ultima classe non si ritenevan per cose *mancipi* se non quelle che si distinguevano specialmente l' una dall' altra, e che aveano comunemente più di valore, e di utilità. Le ragioni di queste particolarità sono le seguenti: 1.° dopo l' incorporamento dell'Italia, il dritto di Città non fu più comunicato ad alcun territorio se non per eccezione, con la concessione del *jus italicum*; del resto niun altro oggetto non fu posto nel novero delle cose *mancipi*, perciocchè in questo tempo essendosi introdotto il dritto delle genti, ed avendo raddolcita la legislazione primitiva, si diè maggiore estensione alla semplice tradizione; 2.° le cose *mancipi* non potevano esser tra quelle che si consumano con l'uso, perchè siccome le cose di consumo si usano alla giornata, si trasmettono da uno all'altro in ogni momento, e si stimano dal numero, peso, o misura, e non già individualmente, così per siffatte cose sarebbero state ragionevolmente impraticabili le formalità della mancipazione; 3.° fra le cose che non si consu-

Quanto alla differenza di dritto, che era tra le cose *mancipi*, e le cose *nec mancipi*, essa consisteva principalmente in ciò che le cose *manicpi* non potevano trasferirsi in proprietà per la sola tradizione; ma si richiedeva necessariamente la mancipazione, o alcun altro modo legale, mentre per le cose *nec mancipi* corporali bastava la tradizione naturale; secondariamente in ciò, che le cose *mancipi* essendo in generale più preziose, la loro alienazione era vietata in parecchi casi, ne' quali quella delle cose *nec mancipi* era permessa. Così per esempio le donne soggette ad una tutela legittima non poteano alienare le cose *mancipi* senza l'autorizzazione del loro tutore (V. tom. 1.° p. 72, e 412) (1).

Proprietà al tempo di Gaio, e d'Ulpiano.

Allato al dominio romano, il solo che fosse riconosciuto dalla legge delle Dodici Tavole si viene in questo tempo a collocare una specie particolare di proprietà introdotta dal dritto delle genti per temperare il dritto rigoroso. « Io debbo avvertire, dice Gaio, che presso gli stranieri il dominio

mano con l'uso si erano scelte quelle soltanto che spezialmente si distinguevano l'una dall'altra, perchè era mestieri che i testimoni della mancipazione potesser riconoscere la cosa, ed attestare che dessa era quella che erasi mancipata alla loro presenza; 4.° infine generalmente si eran trascelte quelle che aveano più di valore, o utilità, perchè per le cose meno preziose non era necessario di ricorrere a solennità tanto rigorose. Per siffatte osservazioni agevolmente si può intendere, perchè non si annoveravano tra le cose *mancipi*: 1.° gl'immobili fuori d'Italia, tuttochè potessero aver molto valore; i cammelli, gli elefanti, benchè fosser bestie da soma: essendo tai cose escluse dal dritto civile, il carattere di cose *mancipi* non poteva ad esse appartenere; 2.° l'oro, l'argento, tuttochè preziosissimi, perchè si valutano secondo il fino ed il peso; 3.° le perle e le pietre preziose qualunque fosse il loro valore, perchè queste in generale non possono ben distinguersi l'una dall'altra; 4.° i cani, gli animali selvaggi addimesticati ec., benchè potessero sovente distinguersi l'uno dall'altro, e non potessero riguardarsi come cose di consumo, perchè la loro utilità era men grande, o meno comune. Quanto ai beni posti nelle province, non si vuol dimenticare quest' altra considerazione, che il suolo delle province era riputato appartenere al popolo romano, o all' imperadore, e non ai possessori, i quali si riputavano di aver soltanto una specie di godimento perpetuo. (V. *General. del dritto rom.* n. 41, e 44 p. 72 e 84.

(1) *Gai 1. §. 192. — Ulp. Reg. 11. §. 27.—Gai 2. §. 47.*

è uno: o si è proprietario, o no. Lo stesso dritto era una volta stabilito appo i Romani, o si era proprietario, secondo la legge romana, o non si era proprietario affatto; ma dipoi il dominio fu diviso per modo, che uno potea avere la proprietà romana d'una cosa, ed un altro potea averla ne'beni (*in bonis habere*) » (1). Qual' è il tempo preciso in cui siffatta distinzione fu ammessa? Non si sa; ma esso debbe certamente riferirsi all'introduzione del dritto delle genti, dopo la conquista della Italia.

Il dominio romano appellasi *dominium ex jure Quiritium*, l'altra proprietà particolare non ha in latino alcun nome speciale, ma vien dinotata per l' espressione del fatto: la cosa è ne' beni (*in bonis*) (2).

Si ha il dominio romano, quando la cosa si è acquistata conformemente alle regole del dritto civile, si ha semplicemente la cosa *in bonis*, quando il modo per cui s' è acquistata non è nel novero di quelli, che il dritto civile riconosce come atti a produrre la proprietà. Se per esempio voi ricevete una cosa *mancipi* per la mancipazione o per qualsiasi altro modo legale, una cosa *nec mancipi* per la semplice tradizione o per qualsivoglia altro modo legale, voi acquistate il dominio romano, ma se ricevete una cosa *mancipi* per la semplice tradizione naturale, questa tradizione, che nel dritto primitivo non avrebbe prodotto alcun effetto, in quest' epoca porrà la cosa ne' vostri beni (*in bonis*) (3). Forse vi erano anche altri casi, ne' quali questo effetto si produceva.

Il dominio romano, ed il possesso della cosa *in bonis* non davano gli stessi dritti. Quando il dominio romano era intatto, cioè quando la medesima persona avea la cosa nel suo dominio romano (*in dominio ex jure Quiritium*), ed anche ne' suoi beni (*in bonis*), essa avea su questa cosa i diritti più assoluti; e però poteva 1.° usarne, e raccoglierne qualsiasi prodotto; 2.° disporne a suo talento per tutt'i modi

(1) *Gai 2. §. 40.* — (2) *Ivi* — In greco Teofilo. *Inst. 1. 5. 5.* chiama questa specie di proprietà δησποτης Βονιτα'ριος, e da ciò i comentatori han tratto *dominium bonitarium.* — (3) *Gai. 2. 41.*

legali, e rivendicarla in qualunque mano la trovasse. Ma quando la proprietà naturale era separata dal dominio romano, cioè quando la cosa passando semplicemente ne'beni di qualcuno, rimaneva nel dominio romano di un altro, allora tutti i vantaggi ora accennati si dividevano. Il potere di usare, e di raccogliere i prodotti passava a colui, che avea la cosa *in bonis* (1); ma il potere di disporre, e rivendicare rimaneva, secondo lo stretto dritto, a colui che riteneva il dominio romano. Dico secondo lo stretto dritto, perchè in realtà il proprietario del dominio romano non poteva nè disporre della cosa, nè probabilmente rivendicarla in pregiudizio di chi l'avea *in bonis* (2). Finalmente quest'ultimo al termine d'un certo tempo di possesso ne acquistava il dominio romano per l'uso, cioè pel possesso.

Troviamo nelle manomissioni un applicazione notabile di siffatti principi. Così colui che ha uno schiavo nel suo dominio romano, e ne'suoi beni, ha su questo schiavo l'esercizio della potestà dominicale (3), ed il dritto di dargli la libertà (4); colui che ha lo schiavo solamente ne'suoi beni ha su di lui l'esercizio della potestà dominicale (5), ma non può renderlo libero altramente che colla condizione di Latino (6); colui che ha sullo schiavo solamente il dominio romano, mentre un altro lo ha ne'suoi beni, non ha su di lui nè l'esercizio della potestà dominicale (7), nè il dritto di francarlo, sia come Latino, sia come cittadino (8).

Riassumendo si vede che i diritti i quali risultano dall'aver la cosa *in bonis* non sono così estesi come quelli del

(1) *Gai.* 2. 88.— 3. 166.—(2) Troviamo nel Digesto che se qualcuno che abbia venduto, e consegnata una cosa senza trasferirne la proprietà, voglia rivendicarla dipoi contro colui che l'ha acquistata, questi avrà per difendersi un'eccezione (*exceptio rei venditae et traditae. D.* 21. 3.). Il Digesto non parla e non ha potuto parlare se non del caso, in cui il vizio primitivo della vendita viene da ciò che il venditore nel momento che ha venduto non era proprietario, ma egli è ben naturale il credere, che una volta era lo stesso, quando il vizio fosse ciò nel non aver usato la *mancipazione*, o la *in jure cessio*, che la legge richiedeva. — (3) *Gai.* 1. 54. — (4) *G.* 1. 17. —(5) *G.* 1. 54. —(6) *Ulp. Reg.* 1. §. 16.—(7) *G.* 1. 54. (8) *Veter. jurecons. Fragm. de manum.* §. 11.

dominio perfetto, conciosiachè non danno il potere di disporre civilmente della cosa, e di rivendicarla, ma che questi diritti non sono però inutili, giacchè danno il godimento della cosa, la facoltà d'impedire il proprietario dal porre ostacolo a questo godimento, ed il diritto di acquistare il dominio romano al termine di un tempo determinato.

Modo di acquistare, e di trasmettere il dominio romano, e la possessione in bonis al tempo di Gaio ed Ulpiano.

Siccome in quest' epoca vi ha in certa guisa due specie di proprietà, così noi abbiamo ad esaminare i modi di acquistare ciascuna di essa, dobbiam vedere come si acquista la possessione *in bonis*, ed il dominio romano.

Il solo modo, che noi con certezza conosciamo, di porre le cose semplicemente *in bonis*, è la tradizione naturale applicata alle cose *mancipi* (1). Io non aggiugnerò altro su questo soggetto, e passo immediatamente ai modi di acquistare il dominio romano.

I modi naturali, come l' occupazione, la riunione di una cosa come accessione ad un altra, sono ampiamente trattati e svolti da' giureconsulti, tra questi si dee in certi casi annoverare la tradizione (2).

« La tradizione, dice Ulpiano, è un modo di alienazione proprio delle cose *nec mancipi* » (3). Infatti applicata a queste cose, essa ne da il dominio romano, mentre applicata alle cose *mancipi* le pone semplicemente *in bonis*. La tradizione non richiede alcuna solennità : può aver luogo anche con gli stranieri, perocchè è del dritto delle genti; può applicarsi solamente alle cose corporali, le quali sole son capaci di esser realmente consegnate ; perchè possa trasferire la proprietà, dev' esser fatta dal vero proprietario capace di alienare, e per una giusta causa, cioè per una causa che suppone l' intenzione di trasferire la proprietà, ed è conforme al dritto, per esempio per causa di vendita, di donazione (4).

(1) *Gai. 2. 41.* — (2) *Gai. 2. 65.* — (3) *Ulp. Reg, 19. 7.* — (4) *Gai. 2. 19. e 20.*

Quanto ai modi civili, sono: la mancipazione, l'usucapione, la cessione *in jure*, l'aggiudicazione, la legge. Da Ulpiano ho tolta questa enumerazione, che probabilmente non è compiuta (1).

Della mancipazione (*mancipatio*). Quest' atto è quello che nella legislazione delle Dodici Tavole dicevasi *mancipium*. In quest' epoca ha preso il nome di *mancipatio, venditio per aes et libram*, e la parola *mancipium* non esprime più che il dritto prodotto dalla mancipazione; questa parola è anche più spezialmente consacrata a dinotare la potestà sull'uomo libero acquistata per siffatto modo (Vedi tom. 1. p. 331). La mancipazione non può aver luogo che tra i cittadini romani, i Latini delle colonie, i Latini Giuniani, e quegli stranieri, ai quali si è conceduto il *commercium*, cioè il dritto di comprare, e vendere (2). Essa si fa per via di solenni parole in presenza di un porta-bilance (*libripens*, e di cinque testimoni tutti cittadini, e puberi. Gaio ne espone le formalità: colui che riceve in mancipio, per esempio, uno schiavo, tenendo questo schiavo dice: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMPTUS EST HOC ÆRE, ÆNEAQUE LIBRA; a queste parole percuote la bilancia col metallo, ch' egli da in guisa di prezzo a colui dal quale riceve la cosa (3): oltre a questo l' atto è accompagnato da parole solenni, che esprimono le particolari convenzioni, che le parti aggiungono al contratto. Per la mancipazione delle cose mobili è necessario che queste cose sieno presenti, e non se ne possono mancipar più che non sia possibile prender con mano; quanto agl' immobili non è ne-

(1) *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.* Varrone che scrivea poco dopo Cicerone esprime in questa guisa i differenti modi di acquistare: « In (*emptionibus*) *dominium legitimum sex* (fere res) *perficiunt: si hereditatem justam adiit, si ut debuit mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si usucepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit* » (Var. De R. r. 2. 10.). Passerei i limiti di quest' opera se volessi notare e commentare le differenze, che paiono essere tra Varrone, ed Ulpiano (Vedi intorno a ciò la nostra *Generaliz.* n. 78 p. 732) — (2) *Ulp. Reg. 19.* §§ 3, e 4. — (3) *Gai. 1. 119.*

cessario che sieno in presenza delle parti, e se ne possono mancipar molti in un tempo medesimo (1). La mancipazione è un modo di alienazione esclusivamente proprio delle cose *mancipi*, nondimeno a me pare ragionevole di pensare, che se si fosse adoperata per le cose *nec mancipi*, questo atto inutile, e nullo come mancipazione riguardo a queste cose, non impedirebbe però, se l' acquirente fosse stato messo in possesso della cosa, che nel fatto vi fosse la tradizione, e quindi il trasferimento della proprietà. La tradizione in questo caso sarebbe anche più aperta e più incontrastabile, conciossiachè sarebbe comprovata da testimoni (2); ma allora non la mancipazione, ma sibbene la tradizione che ad essa è seguita, farebbe acquistare la proprietà; e si noti a questo proposito che la mancipazione, e la tradizione sono due cose distinte, e che la prima non trae seco necessariamente e per se stessa la seconda (3).

Dell' usucapione (*usucapio*). Questo è il modo civile di acquistare, che nelle Dodici Tavole avea il nome di *usus auctoritas*. L' usucapione, dice Ulpiano, è l' acquisto della proprietà pel possesso continuo di uno, o due anni (*dominii adeptio per continuationem possessionis anni, vel biennii*): d' un anno per le cose mobili, di due per gl'immobili. Essa applicavasi alle cose *mancipi*, ed alle cose *nec mancipi* (4), ed avea luogo in due casi, cioè: il primo, che era comune alle cose *mancipi*, e *nec mancipi*, quando di buona fede erasi ricevuta una cosa da chi non ne era proprietario: in questo caso non si era ricevuto che il possesso della cosa; ma dopo il tempo richiesto per l'usucapione, si acquistava il dominio romano; il secondo, che era proprio esclusivamente delle cose *mancipi*, quando si era ricevuta alcuna di siffatte cose per la semplice tradizione, senza che fosse accompagnata da alcun

(1) *Ulp. Reg. 19. 6.* — (2) Così Plinio volendo esprimere il pregio e valore, in che si tengono alcune grosse perle dette *uniones*, dopo aver detto che si conservano a perpetuità e si trasmettono agli eredi, aggiugne che si mancipano come si farebbe per un fondo di terra (*in mancipatum venit, ut praedium aliquod* (*Pl. Hist. nat.* lib. 9. c. 35. *in fin.*). Non pertanto queste perle non erano *res mancipi*. Vedi nondimeno Cic. *Top.* 10. (3) *G. 2. §. 204. — 4. §. 15. Vat. J. R. fr. §. 15.* — (4) *Ulp. Reg. 19. 8.*

modo legittimo di acquistare ; allora la cosa dicevasi solamente entrata *in bonis*; ma dopo il tempo richiesto per l'usucapione anche il dominio romano si acquistava. In questo caso l'usucapione avea per effetto di trasformare la possessione *in bonis* in dominio romano (1). L'usucapione non si applicava agl' immobili delle province ; quest' immobili , che non godevano del dritto civile , non potevano acquistarsi in proprietà , ma secondo gli editti de' presidenti , un possesso di dieci, o vent'anni dava riguardo ad essi una prescrizione, che era un modo di farsi mantenere nel possesso (2).

Vi era un caso, in cui l'usucapione prendeva un carattere, ed un nome particolare, ed era questo : alcune volte si mancipava, o cedeva *in jure* una cosa con la fiducia (*cum fiducia*) cioè con una clausola , per la quale quegli che la riceveva si obbligava di renderla in un caso determinato. Noi ne abbiam veduto un esempio nell' emancipazione de' figliuoli (t. I. pag. 344) ; ciò interveniva ancora quando alcuno cedeva una cosa ad un creditore per sicurezza de'suoi dritti , o ad un' amico, perchè la cosa sarebbe meglio conservata presso di lui (3). Quando un somigliante contratto avea avuto luogo , se colui che aveva alienata la cosa con la riserva di fiducia veniva a possederla per un anno, qualunque essa si fosse o mobile , od immobile, ne riprendeva la

(1) *Gai. 2. §§. 41, 42 e 43.* — (2) *Gai. 2. 46.* Io vedo in ciò una ragione che mi par vera. I pretori di queste province' erano incaricati di reggerle con un dritto che pubblicavano ne' loro editti , e che componevano d'usi locali, di alcune leggi romane , e de' principi del dritto delle genti. Essi ammisero nelle province l'acquisto de' mobili per un anno di possesso , perchè non era contrario all' equità , e perchè i mobili, in qualunque luogo si fossero, potevano godere del dritto civile , ed essere nel dominio de' cittadini, ma quanto agl' immobili, che non potevano esser la proprietà de' particolari, giacchè il suolo provinciale non godeva del dritto civile , ed era riputato appartenere al popolo , o a Cesare , l'usucapione per due anni tutta romana , e rigorosissima era inapplicabile ; i presidenti le surrogarono un' istituzione pretoria , con un termine più ragionevole. — (3) Oltre Gaio , dal quale attingo questi particolari , trovo ancora Cicerone che parla della fiducia ; egli cita tra quei che debbono osservare un intera ed esatta fedeltà colui che ha ricevuto qualche cosa con fiducia ; « *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit etc.* » (Cic. *Top.* 10).

proprietà per questo possesso. Questa specie particolare d'usucapione appellavasi *usureceptio*, ripresa della proprietà per l'uso, cioè a dire pel possesso (1).

Della cessione in jure (*in jure cessio*). La cessione *in jure* è un modo civile d'alienazione, che produce lo stesso effetto della mancipazione (2), essa si applica così alle cose *mancipi*, come alle cose *nec mancipi*. Noi già ne abbiam fatto conoscere il carattere (t. I. p. 148, e quì sopra p. 11); essa è un simulacro d'un azione di revindicazione, e richiede tre persone presenti: colui che cede la cosa (*in jure cedens*), colui che rivendica, (*vindicans*), colui che dichiara la proprietà (*addicens*). Quegli che cede è il padrone; quegli che rivendica è la persona alla quale si cede; quegli che dichiara la proprietà è il pretore, e nelle provincie il presidente (3). Se per esempio si trattava di uno schiavo, quegli al quale cedevasi, tenendolo diceva: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*, e adempiva le altre formalità della rivendicazione, dopo ciò il pretore domandava al cedente, se dal suo canto egli non rivendicasse lo schiavo; se questi diceva di no, o taceva, non essendo mestieri alcun rinvio innanzi al giudice, perchè non v'era contestazione, il pretore pronunziando egli stesso e dicendo il dritto (*jus dicens, addicens*) dichiarava appartenersi la cosa a colui che l'avea rivendicata. Chiaramente si vede onde venga la denominazione di quest'atto, (che a me per altro non pare primitiva) di *in jure cessio*: perchè le parti non sono già in giudizio innanzi a un giudice (*in judicio*), ma solamente innanzi al magistrato incaricato d'indicare il dritto (*in jure*). Si vede ancora donde viene l'espressione *addicere*, attribuire la cosa dicendo il dritto (4). È questa, dice Gaio, un'azion della legge (*legis actio*); cioè l'applicazione d'un'azion della legge; perciocchè, quan-

(1) *G.* 2. 59 *e seg.* — (2) *G.* 2. 22 — (3) *Ulp. Reg.* 19. 9 *e seg.* — (4) La decomposizione etimologica della parola *addicere* ne determina chiaramente la significazione. *Ad* particella di direzione, d'attribuzione, che indica la direzione data alla cosa, l'attribuzione che se ne fa; *dicere* il mezzo che si è impiegato, *dicendo* il dritto. Similmente in *adjudicare ad* direzione, attribuzione della cosa; *judicare* il mezzo, *giudicando*. — Ecco tuttavia la spiegazione che ne dà Festo: « *Addicere est proprie idem dicere, et approbare dicendo* ».

tunque questa cessione non fosse che un modo di alienazione, pure essa operavasi col simulacro d' un azione della legge (l'azione *per sacramentum*), con le formalità della rivendicazione, e per conseguente innanzi a' magistrati del popolo (*magistratus populi*), quelli cioè, innanzi a cui doveano esercitarsi le azioni. La cessione *in jure* non adoperavasi così frequentemente come la mancipazione; perciocchè era ben inutile di ricorrere al pretore, o al presidente della provincia per fare un alienazione, che una persona poteva fare da se medesima, in presenza de' suoi amici (1). Non pertanto si era talvolta costretto a far uso della cessione *in jure*, e ciò avveniva per riguardo alle cose incorporali (eccetto le servitù rustiche), alle quali non si poteva applicare nè la tradizione, nè la mancipazione, ma solo la cessione in *jure*; come sarebbe un usufrutto, un eredità, la tutela legittima, la libertà (2). Così noi abbiam già veduto la cessione della tutela legittima (t. I. p. 410), quella della qualità di padre per effettuare l'adozione (t. I. p. 314), quella della libertà per francare lo schiavo (t. I. p. 231). Pertanto egli è a notare che i crediti non potevano esser ceduti *in jure*; tanto meno eran capaci di tradizione e mancipazione. Più appresso, trattando delle obbligazioni, vedremo per che modo se ne poteva trasferire ad altri il vantaggio (3).

Dell' aggiudicazione (*adjudicatio*. Noi ne abbiam data la prima idea (t. I. p. 154, e più sopra p. 11.). Qui si vuole avvertire che le parti in questo caso sono non già *in jure* innanzi al magistrato, ma in *judicio* innanzi al *giudice*. E però questi non attribuisce la proprietà dicendo il dritto (*non addicit*) ma la dà giudicando (*adiudicat*). Questo potere dato al giudice dalla le-

(1) *Gai 2. e 24, e seg. — Id. 4. §. 16.* — (2) *In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut usufructus, et legitima tutela, et libertas* » (*Ulp. Reg. 19. 11*). Se rimanesse qualche dubbio sul modo di francare per la *vindicta*, quest' ultima parola d' Ulpiano basterebbe a dileguarlo, ed a convincerci, che siffatta liberazione non era che la cessione in *jure* della libertà. Egli è vero, che in alcune edizioni di Ulpiano non si legge questa parola, ma invece si legge *et tutela legitima libertae*, errore evidente; perciocchè non la sola tutela legittima della schiava fatta libera si poteva cedere in *jure*, ma qualunque tutela legittima di una donna (t. I. p. 410) — (3) *Gai. 2. 38.*

gislazione romana, di aggiudicare cioè di far passare la proprietà da una delle parti nell'altra è cosa caratteristica, e degna che si noti. All'epoca istorica che noi esaminiamo, cioè al tempo di Gaio e d'Ulpiano, essendo in vigore il procedimento per formole, si tratta di un giudice nominato alle parti dal magistrato, ed investito de' suoi poteri per la formola. Le formole, che tra le altre facoltà gli conferiscono quella di aggiudicare son tre: quelle per la divisione d'un'eredità (*per formulam familiae erciscundae*); per la divisione d'una cosa comune (*per formulam communi dividundo*); per la fissazione de' limiti (*per formulam finium regundorum*). Questo modo d'acquistare il dominio romano è come i due precedenti comune tanto alle cose *mancipi* che alle *nec mancipi* (1). Non ostante questo senso tecnico delle parole *adjudicare*, *adjudicatio*, pure si trovano talvolta, benchè di rado, adoperate a dinotare l'effetto ordinario di una sentenza (2).

Della legge (*lex*). La legge è specialmente indicata da Ulpiano come un modo di acquistare comune alle cose *mancipi*, *e nec mancipi*. Questo autore dà per esempi: i legati (quello per *vindicationem*) in vigor della legge delle dodici Tavole; ed il *caducum*, vale a dire quella parte d'una liberalità testamentaria, che essendo fatta ad una persona non maritata, o senza figliuoli, in vigor della legge *Papia Poppea* diveniva caduca, e poteva esser rivendicata dagli altri eredi, o legatari che aveano prole. Ulpiano cita allo stesso proposito l'*ereptorium* cioè la liberalità testamentaria, che vien tolta a cagione d'indegnità alla persona cui erasi fatta, ed è attribuita dalla legge o ad un altra persona, o al fisco (*Hist. du droit.* p. 255) (3).

Quanto al legato, più appresso vedremo che vi erano delle distinzioni a farsi secondo i termini ne' quali era stato espresso.

Di tal fatta erano i modi civili di acquistare la proprietà degli oggetti particolari. Noi non facciamo ancora pa-

(1) *Ulp. Reg. 19. 16.* — (2) *Dig. 20. 1. De pignor. 16. §. 5 f. Marc. 20. 4. Qui potior. 12. pr. f. Marc.* — (3) *Ulp. Reg. 19. §. 17.*

rola de'modi di acquistare una massa universale di beni; più appresso, quando tratteremo delle successioni, avremo occasione d'intrattenerci su questa materia. Forse ad alcuni parranno soverchiamente lunghi questi preliminari, ma non si penerà molto a convincersi che ciò era indispensabile. Essi ci conducono naturalmente ad esaminare quale era divenuta all'epoca di Giustiniano il sistema del dritto relativo alle cose; e quì ci si offrirà lo spettacolo di un mutamento pressochè totale, e della sparizione definitiva degli antichi principi.

Delle cose secondo le Instituzioni di Giustiniano.

Superiore libro de jure personarum exposuimus, nunc videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae ex variis causis cuique adquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

Nel libro precedente abbiam trattato del dritto delle persone, ora vediamo delle cose, le quali o si contengono nel nostro patrimonio, o ne son fuori. Perocchè alcune cose per dritto naturale son comuni a tutti, alcune pubbliche, alcune dell'università, alcune di nessuno, e la più parte di alcuni uomini in particolare, siccome per quello che diremo più oltre si potrà apertamente vedere.

La divisione delle cose, che i comentari di Gaio, ed il Digesto presentano come la principale, è quella delle cose di dritto divino, e delle cose di dritto umano (1). Ma i compilatori delle Instituzioni di Giustiniano lasciando da banda questa distinzione, di cui parlano solamente in modo accessorio, dividono da prima le cose in *cose fuori del nostro patrimonio*, e *cose che sono nel nostro patrimonio*.

Sono *fuori del nostro patrimonio* primamente le cose, che appartengono alle masse in comune, ma di cui nessuno in particolare ha la proprietà (*res publicae*, in generale), in secondo luogo quelle che a niuno realmente appartengono (*res nullius*).

Sono *nel nostro patrimonio* le cose che appartengono ad alcuno in particolare (*res privatae*, *res singulorum*).

La parola *res* è generale, e si applica egualmente a tutte queste specie di cose; le espressioni *bona*, *pecunia* sono spe-

(1) *Dig. 1. 8. 1.*

ciali, e si applicano solamente alle cose nel nostro patrimonio (1).

Delle cose che appartengono alle masse in comune, ma di cui nessuno in particolare ha la proprietà. Tutte queste cose ricevono sovente da'giureconsulti la denominazione di *res publicae*, presa in generale. Si ha una pruova di ciò ne' Comentari di Gaio, ed in molti frammenti del Digesto (2). Ma più specialmente esse si dividono in tre specie: le cose il cui uso è comune a tutti (*res communes*); le cose che appartengono al popolo (*res publicae* propriamente dette); le cose che appartengono alle corporazioni (*res universitatis*). Benchè tutte siffatte cose, appartengano ad alcune masse in comune, pure niuno in particolare ne ha la proprietà; e però si considerano come poste fuori del nostro patrimonio. « *Nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur* » (3).

I. Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec; aer, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur, dum tamen villis, et monumentis, et aedificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.

1. E per dritto naturale queste cose son comuni a tutti; cioè l'aria, l'acqua corrente, il mare, e per conseguenza i lidi del mare. Non è adunque vietato a nessuno di andare al lido del mare, purchè s'astenga dalle ville, da monumenti, e dagli edificì, perciocchè essi non sono di dritto delle genti, com'è il mare.

Le cose comuni non sono realmente in proprietà di alcuno, ma ciascuno può usarne, o anche estrarne ed appropriarsene gli elementi. La natura stessa di siffatte cose le pone in questa classe: così è fisicamente impossibile a qualsiasi uomo d'esser proprietario del mare, dell'aria, del sole, o delle stelle, ma ognuno gode de' vantaggi, che questi oggetti ne arrecano, ciascuno si appropria l'acqua salata che attinge dal mare, la quantità d'aria che respira, i raggi del sole che assorbisce, ed acquista realmente la proprietà queste frazioni, quando la loro natura il consente.

(1) *D. 50. 16. 5. f. Ulp.* — (2) *D. 1. 8. 1. f. Gai.* — *41. 1. 14 f Nerat.* — *50. 16. 17. f. Ulp.* — (3) *D. 1. 8. 1. f. Gai.*

Quanto alle rive del mare, son necessarie alcune osservazioni. Per questa espressione s'intendono non già tutte le terre adjacenti, ma solamente le spiagge fin dove si estendono i maggiori flutti, perchè questa parte è sottratta dalle onde al potere dell'uomo. Nondimeno Celso avvisava che le rive, le quali si trovano nell'impero romano appartengano al popolo romano (1). Ma questa opinione non era generalmente ricevuta; perciocchè le rive, come noi le abbiam definite, non sono nel territorio dell'impero, ma formano la linea dove finisce il territorio. Egli è però vero che il popolo ha il dritto, per difendere il suo territorio, di vegliare sulla costa, di opporsi alle invasioni delle rive, e solo in questo senso si dee intendere la frase di Celso. Considerando in massa le rive del mare, si vede che al pari del mare, e di tutte le cose comuni non sono, e non possono essere la proprietà di alcuno, ma sulle rive, come su tutte le altre cose comuni, la cui natura il consente, si possono prendere delle frazioni che l'uomo s'appropria. E però numerose leggi consacrano nel Digesto questo principio, che le edificazioni fatte in su le rive, o nel mare appartengono a coloro che le hanno elevate. Per elevarle si dee ottenere un decreto del pretore, il quale non darà la sua autorizzazione, se non quando non sieno per nuocere in nulla nè all'uso comune, nè alla utilità privata (2). Se senza autorizzazione siansi fatte delle costruzioni, ogni persona a cui esse possono nuocere ha il dritto di agire contro chi le ha fatte (3). Ma per applicazione di quella massima romana, che si dee il meno che sia possibile far demolire gli edifizi, queste tali costruzioni allora solo si faranno abbattere, quando ciò sia assolutamente necessario per il pubblico uso; altrimenti basterà solo di condannare l'edificatore ai danni interessi, od anche ad una prestazione annuale (4).

Ogni volta che l'uomo s'è impadronito di alcune frazioni di una cosa comune, la proprietà dura finchè queste non ritornano alla loro prima natura. Ma se alcuno getta

(1) *D. 43. 8. 3. f. Cels.* — (2) *D. 43. 8. 3. e 4.* — *1. 8. 5. f. Gai. 41. 1. 14. f. Nerat.* e *50. f. Pomp.* — (3) Il pretore dà contro il costruttore un *interdetto utile* (*D. 43. 8. 2. §. 8. f. Ulp.*) — (4) *D. ivi §. 17.*

nell'acqua corrente la porzione d'acqua, che vi avea attinta, se le edificazioni fatte in mare vengano a rovinare, se l'edifizio fatto in su la riva sia distrutto, sparisce ogni dritto di proprietà, e queste frazioni rendute al loro stato primiero tornano a diventar comuni. Di queste cose avviene, sotto questo riguardo, lo stesso che avviene degli animali selvatichi ritornati alla loro prima natura, il che più innanzi vedremo (1).

II. Flumina autem omnia, et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.

2. Tutti i fiumi ed i porti son pubblici, tantochè il pescar ne' fiumi e ne' porti è comune a tutti.

Abbiam veduto che, in un senso generale, i giureconsulti romani ben sovente dicevano cose pubbliche le cose comuni a tutti, ovvero quelle che appartengono alle città; ma nel senso proprio della parola le cose pubbliche son quelle di cui il popolo ha la proprietà: « *Sola enim ea publica sunt, quae populi romani sunt* » (2). Tra queste cose oltre a quelle citate dal testo si annoverano anche le vie pretorie, o consolari; e le piazze, i campi, i laghi, gli stagni, che sono in proprietà del popolo (3).

Il carattere essenziale di cose pubbliche sta in ciò che, quantunque le cose sieno in proprietà del popolo, pure l'uso è a tutti comune. E però vediamo che il pretore vieta con un interdetto, che alcuno sia impedito di navigare per un fiume, o lago pubblico, di approdare, di scaricar sulla riva (4). Ma non era mai permesso di edificare sopra un terreno pubblico, se ciò dovea nuocere all'uso pubblico, o ai particolari; quindi il pretore avea su tal materia emanato parecchi interdetti. Noi ne troviamo uno, pel quale vieta in generale di fare cosa niuna, che possa recar pregiudizio a chicchessia (5), molti interdetti particolari contengono il medesimo divieto spezialmente per le vie pubbli-

(1) D. 1. 8. 6. f. *Marci.*—41. 1. 14. §. 1. f. *Nerat.*—(2) D. 50. 16. 15. f. *Ulp.* —(3) D. 43. 8. 2. §§. 3. 21. 22. f. *Ulp.* — D. 43. 14.—(4) D. 43. 14. *Ut in flumine publico navigare liceat.*—(5) D. 43. 8. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.* L. 2. f. *Ulp.*

che (1). Lo stesso è pe'fiumi pubblici: il pretore proibisce di farsi alcuna cosa che nuoca alla navigazione, alla stanza delle navi, o che possa mutare il corso delle acque (2). Le edificazioni che non recano alcun nocumento non son vietate, nondimeno prima di farle se ne deve ottenere l'autorizzazione dell'imperadore (3).

Si dava ancora il nome di cose pubbliche a certe cose che erano la proprietà del popolo, tali erano certi schiavi (*servi populi romani*); le miniere (*metalla*), i campi (*agri vectigales*), o gli altri oggetti che il popolo dava in affitto per riscuoterne una rendita (*vectigal*), e che per tal ragione addimandavansi *vectigalia publica* (4); finalmente il tèsoro del popolo (*aerarium*). Ma quèsti oggetti differivan molto da quelli che in prima abbiamo esaminati; quelli eran pubblici, ed il loro uso comune a tutti; gli altri, per parlare con proprietà, erano nel patrimonio del popolo (*in patrimonio populi*) (5). In quanto al tesoro del principe, ed a tutti i beni che il componevano (*fiscus*), la differenza è anche più notabile (6).

III. Est autem littus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

3. E per lido del mare s intende tutto quello spazio di terra che nel tempo del verno è inondato dal flusso, e riflusso del mare.

Nel Digesto è detto che Cicerone il primo, essendo arbitro, diè questa definizione; ma Cicerone l'attribuisce ad Aquilio (7).

IV. Riparum quoque *usus publicus est* juris gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per

4. L'*uso pubblico* delle ripe è di dritto delle genti, come l'uso del fiume, e pertanto è lecito a ciascuno accostar le navi alle ripe, legar le funi agli alberi che vi son nati, e scaricarvi tutto quello che si vuo-

(1) *D. 43. 8. 7. §§. 20 e 35. — 43. §. 2. f. Ulp.* — (2) *D. 43. tit. 12, e 13. De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur ... quo aliter aqua fluat atque uti priore aetate fluxit.* — (3) *D. 39. 2. 24. f. Ulp.—43. 12. 1. §. 12. f. ejusd.—43. 8. 2. §§. 10, e 16.* — (4) *50. 16. 17. §. 1. f. Ulp.* — (5) *41. 1. 14. f. Nerat.* — (6) *D. 43. 8. 2. §. 4. f. Ulp.* — (7) *D. 50. 16. 96. f. Cels.* — *Cic.* Top. 7.

ipsum flumen navigare; sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent; qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorumdem sunt.

le, siccome anche è lecito navigar per esso fiume. Ma la proprietà delle ripe è di coloro, con le possessioni dei quali esse confinano, laonde gli alberi nati su le ripe, son de' medesimi.

Usus publicus est. Si vuol ben notare la differenza che è tra la ripa d'un fiume, e le altre cose pubbliche; la ripa appartiene in proprietà non già al popolo ma ai proprietari de' fondi lungo il fiume. Adunque delle ripe altro non è pubblico, che l'uso, e però il testo quì dice, *usus publicus est juris gentium.* Da che l'uso delle ripe è pubblico ne seguita che ciascuno può servirsene per navigare, passare, riposarsi etc.; da che la proprietà appartiene a'padroni dei fondi lungo il fiume, ne seguita che questi soli hanno il dritto di tagliare gli alberi, i giunchi, le erbe, di raccorre i frutti etc. Ma essi non potrebbero fare delle opere, che nuocessero all' uso pubblico (1). Reciprocamente niuno non potrebbe nuocere alla loro proprietà, così per esempio chi facesse delle fabbriche sulle ripe, non diverrebbe però proprietario delle fabbriche (2).

V. Littorum quoque *usus publicus* juris gentium est, sicut ipsius maris, et ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare, et ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse, cujus et mare, et quae subjacet mari terra vel arena.

5. *L' uso pubblico* de' lidi è parimente di dritto delle genti, siccome eziandio l'uso del mare, e perciò è libero a ciascuno farvi una casetta, nella quale si possa ricoverare, siccome eziandio seccar le reti, e cavarle dal mare. Ma la proprietà d'essi lidi si può intender che non sia di nessuno, ma che sia del medesimo dritto ch' è il mare, e quelle cose che sottogiacciono al mare com' è la terra, e l'arena.

VI. Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra, stadia, et si qua alia sunt communia civitatum.

6. Quelle cose che son nella città come i teatri, gli stadi, ed altre cose, che in comune appartengono alla città, son dell' università, e non dei privati.

(1) *D. 43. tit. 12, e 13.* — (2) *Qui autem in ripa fluminis aedificat non suum facit. D. 41. 1. 15. f. Nerat.*

Si dà il nome di *universitas* ad ogni riunione di persone che formi una corporazione, una sorta di persona legale. Non è lecito ad ognuno di organizzarsi in corporazioni (*corpus habere*); il vietano le leggi, i senato-consulti, le costituzioni (1). Ogni corporazione è necessario che sia o stabilita, o autorizzata da una legge, un senato-consulto, o una costituzione. Tra queste corporazioni si annoveravano le città di cui fa parola il nostro testo (*civitas municipium*), le curie (*curia*), le associazioni di taluni mestieri, come il collegio de'panattieri (*collegium pistorum*), de'padroni di navi (*collegium naviculariorum*), etc. Queste corporazioni potevano possedere, esser proprietarie, contrattare, stare in giudizio (2). Le cose che ad esse appartenevano si debbono distinguere in due differenti specie. Alcune, benchè fosser la proprietà comune di tutt'i membri riuniti, non erano pubblicamente abbandonate all'uso di ciascuno. Il danaro, i crediti, gli schiavi della comunità, per esempio, non erano al servigio nè alla disposizione di ciascun membro: queste cose, propriamente parlando, erano nel patrimonio della corporazione (*in patrimonio universitatis*) (3). Altre servivano all'uso comune de' membri, e talvolta anche degli estranei; di tal fatta erano gli stadi, o luoghi destinati alle esercitazioni della corsa, i teatri, i bagni pubblici della città. Questi sono gli oggetti che quì le Instituzioni han voluto indicare sotto il nome *di res universitatis*.

Delle cose che non appartengono realmente ad alcuno (*res nullius*). Queste cose sono: primieramente quelle, delle quali l'uomo non s'è ancora impadronito, o che ha interamente abbandonate (4); in secondo luogo quelle che son poste fuori del commercio degli uomini, e che si appellano cose di dritto divino, *res divini juris*.

Quanto alle prime, esse sono: gli oggetti che il proprie-

(1) *D. 3. 4. 1. f. Gai.* — (2) *D. 3. 4. 1. e seg.* — (3) *Ivi 7. §. 1.* — *Dig. 1. 8. 6. §. 1. f. Marci.* — (4) Gaio pone in questa classe le successioni che l'erede non ha ancora accettate (*D. 1. 8. 1. f. G.*); in fatti in fino a tanto che l'accettazione non è fatta, esse non sono ne'beni di alcuno.

tario abbandona con l'animo di non più averli (1); gli animali selvatichi, i loro prodotti, le conchiglie, le alghe marine, le isole nate nel mare etc. Talvolta queste cose diconsi comuni, perchè siccome il primo che le occupa ne diviene proprietario, così sono esposte all'occupazione di ciascuno; Nerazio dice anche che le rive del mare non differiscono, sotto questo riguardo, dai pesci, e dagli animali selvaggi (2). Non pertanto si dee por mente ad un immensa differenza. Le cose comuni propriamente dette non appartengono ad alcuno, e non posson mai appartenere ad alcuno in proprietà, il solo uso di esse è comune, e se taluno se ne appropria qualche cosa, questa non può esser altro che una frazione, come l'acqua che si cava dal mare, la parte della ripa sulla quale si edifica. Per contrario gli animali selvatichi possono per intero acquistarsi da'privati, e divenire realmente cose private. Adunque quel che Nerazio sembra dire di tutte le ripe, si debbe intendere solamente delle frazioni di ripa, che l'uomo può occupare.

Quanto alle cose di dritto divino, esse si dividono in cose sacre (*sacra*), religiose (*religiosa*), sante (*sancta*). Tutte siffatte cose son fuori commercio, ed in generale non possono divenir la proprietà di niuno.

VII. Nullius autem sunt res: sacra, et religiosa, et sancta, quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

VIII. Sacra sunt quae rite per pontifices Deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae, et dona quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt, quae etiam *per nostram constitutionem* alienari, et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est sed profanum. Locus autem in quo aedes sacrae sunt ae-

7. Le cose sacre, religiose, e sante non son di persona alcuna, perciocchè quel ch'è di ragion divina non è tra i beni di alcuno.

8. Le cose sacre son quelle, che son da' Pontefici solennemente consecrate a Dio, come sono le Chiese, e tutti quei doni, che sono con le debite formalità dedicati al ministerio di Dio, le quali cose abbiamo proibito per nostra costituzione che possano esser alienate ed obbligate, fuor solamente per cagione di riscuotere i prigionieri; che se alcuno per sua autorità, senz' altro riterrà qualche

(1) *Infra* §. *47*. — (2) *D*. *41*. *1*. *14*. *f*. *Nerat*.

dificatae, etiam diruto aedificio, sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit.

cosa come sacra, non è sacra ma profana. Il luogo poi, nel quale sono edificate le chiese, con tutto che l' edificio sia rovinato, si resta ancor sacro, siccome scrisse Papiniano.

Non è mia intenzione di esporre quì all'occasione delle cose sacre i costumi religiosi de' Romani, che a questa dottrina han relazione. Ricorderò solamente, che su quest' oggetto sono da distinguere due epoche ben separate; quella in cui il paganesimo dominava nell'impero, e quella che comincia da Costantino, in cui la religione Cristiana divenne la religione dello stato. Nella prima epoca le cose sacre eran quelle che si dedicavano agl'Iddii superiori, e in questo modo appunto si esprime Gaio: *Sacrae sunt, quae Diis superis consecratae sunt* (1). La consacrazione facevasi da'sacerdoti de' diversi Numi, il rito era pagano, ciascuna famiglia avea le sue cose sacre, che ad essa erano proprie, ed i sacrifici che ad essa erano imposti; queste cose sacre, e l' obbligazione a questi sacrifizi si trasmettevano in perpetuo da erede in erede. Nella seconda epoca le cose si consacrano a Dio da'preti cristiani, con le cerimonie cristiane, Ma sì nell'una come nell'altra, la consacrazione non poteva farsi che in vigore d' una legge. Così da prima si richiedeva l' autorizzazione del popolo, di poi quella del Senato, ed in fine quella dell' imperadore (2). Ulpiano ci dice che un luogo è sacro, quando il principe l'ha dedicato o ha permesso di dedicarlo (3). In fatti al tempo d' Ulpiano il principe poteva per ancora come imperadore, e supremo pontefice autorizzare, e fare la consacrazione.

Ciò che abbiam detto è sufficiente a far vedere che la consacrazione era un atto d' istituzione pubblica autorizzato dal potere legislativo, talchè i particolari non potevano per

(1) *Gai.* 2. 4.—(2) Vedete all'occasione delle cose sacre ciò che abbiam detto delle adozioni (t. I. p. 315); vedete Cicer. *De legibus lib.* 2. vedete ancora il discorso da quest'oratore pronunziato, per farsi render la casa, che erasi consacrata senza la reale autorizzazione del popolo (*Cic. Pro domo*) — (3) *D.* 1. 9. 9. §. 1. *f. Ulp.*

propria autorità render sacra alcuna cosa (*publice consecratae sunt, non private*).

Le cose sacre eran fuori il commercio degli uomini; non erano capaci di alcuna estimazione (1), non potevano esser nè vendute (2), nè date in pegno, nè acquistate per l'uso; non potevano esser l'obbietto di alcuna stipulazione (3). Un interdetto del pretore poibiva che in qualunque modo si nuocesse ad un luogo sacro: *in loco sacro facere, inve eum immittere quid velo* (4); ed oltre a questo per riverenza della religione tutte le edificazioni, che per avventura ivi fossero elevate doveano essere abbattute (5). Il sacrilegio era punito di pene severissime, talvolta con la condanna alle bestie feroci, alle miniere o alla deportazione (6).

Per nostram constitutionem. Nel Codice troviamo la costituzione, alla quale Giustiniano quì fa allusione. Essa è relativa ai vasi, alle vestimenta, ed a tutti gli altri oggetti mobili consacrati al culto. Giustiniano, ripetendo in essa una regola sempre osservata, proibisce di alienare queste cose sacre, permette a'vescovi ed alle altre persone di reclamarle in qualunque mano si trovino, di farsene rendere ciò che ne resta, se sono state fuse, o il prezzo, se è possibile. Non pertanto egli permette l'alienazione di queste cose pel riscatto de'prigionieri, e pel nutrimento de' poveri in tempo di carestia (7). In una novella poi estende questa permissione a' casi in cui de' vasi, o altri oggetti superflui si volessero vendere, per pagare i debiti delle Chiese. Ma non vi ha alcuna eccezione per gli immobili (8).

IX. Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem *locum purum*, invito socio, inferre non licet. In commune vero sepulchrum etiam invitis caeteris licet inferre. Item si alienus usufructus

9. Ciascun uomo volendo fa religioso il luogo se egli vi seppellisce il morto. Non è lecito metterlo in un luogo *puro* e *comune* con altri contra la volontà de'comproprietari, ma è lecito metterlo nel sepolcro comune ancorchè tutti gli altri compa-

(1) *Ivi* §. *5.* — (2) *Inst. 3. 23.* §. *5.* — *D. 18. 1. 6. f. Pomp. e 73. f. Papin.*— (3) *Inst. 3. 19.* §. *2*— (4) *D. 43. 6. 1.*— (5) *Ivi 8. 2.* §. *19. f. Ulp.* — (6) *D. 48. 13. 6. f. Ulp. Paul. Sent. 5. 19.*— (7) *Cod. 1. 2. 21* — (8) *Nov. 120. cap. 10.*

est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum, concedente domino, licet inferre, et licet *postea ratum habuerit*, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.

gni non vogliano. Similmente se l'usufrutto del luogo è d'altri, piace che il proprietario non faccia religioso il luogo, se l'usufruttuario non acconsenta. É lecito seppellire nell'altrui luogo, acconsentendo il padrone, e quantunque *abbia acconsentito dopo che il morto vi fu seppellito*, pure il luogo diviene religioso.

Sotto il paganesimo non altrimente che sotto la religione cristiana il suolo, che avea servito a raccorre le reliquie di un uomo, fu riguardato come religioso. Una legge delle Dodici Tavole regolava a lungo l' ordine, e le spese de'funerali; in essa si trova questa regola di publica salubrità. Non seppellite, e non bruciate nella città alcun cadavere (ved. la 10.ª tav.) *Hist. du droit* p. 98.) (1); nel Digesto e nel Codice di Giustiniano parecchi titoli son consacrati a questa materia (2).

Secondo il paganesimo le cose religiose erano, come Gaio ne insegna, le cose abbandonate agli Dei Mani (3); sotto Giustiniano il luogo, che ha raccolto il corpo, o le ceneri d'un morto. Non è religioso tutto il campo, in cui trovasi la tomba, ma solamente lo spazio occupato dalle spoglie mortali (4). Quantunque il morto sia uno schiavo, pure il luogo sempre divien religioso (5); ma non è tale nè il sepolcro d' un' inimico, nè un monumento voto (*tumulus inanis*), che non racchiude il morto (6).

Si può per la sepoltura render religioso solamente il terreno, di cui si è proprietario, altrimenti si richiede il consentimento di qualunque persona vi abbia un qualsiasi dritto di comproprietà, d'usufrutto, d' uso, o di servitù (7).

Postea ratum habuerit. Ciò significa che se il sotterra-

(1) *Cod. 3. 4. e 12. Dioclet. e Maxim.* — (2) *D. 11. 7.* — *47. 12.* — *C. 3. 44.* — *9. 19.* — (3) *Religiosae, quae Diis manibus relictae sunt* (*Gai. 2. §. 4.*). — (4) *D. 11. 7. 2. §. 5. f. Ulp.* — (5) *Ivi princ.* — (6) *D. 47. 12. 4. f. Paul.* — *Ivi 11. 7. 44. f. Paul.* Vedi nondimeno *D. 1. 8. 6. §. 5. f. Marc.* — (7) *D. 1. 8. 6. §. 4. f. Marc.* — *11. 7. 2. §. 7. e seg. f. Ulp.* — Gaio dice a questo proposito: *Religiosum nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat* (*G. 2. 6.*).

mento siasi fatto all'insaputa, o a mal grado del proprierio, e questi dopo seppellito il morto acconsenta, il luogo parimente diverrà religioso. In alcune edizioni si legge: *Licet postea ratum non habuerit*; il che significherebbe, che se il proprietario il quale da prima ha consentito, non voglia dopo il sotterramento ratificarlo, il luogo non sarà per questo meno religioso. Io ho seguito la lezione adottata da Cujacio, che è quella del manoscritto di Firenze, e con la quale concorda eziandio il senso della parafrasi di Teofilo.

Il terreno, nel quale si è seppellito un morto senza il consentimento del proprietario, o di qualunque altra persona che v'abbia dritto, non è religioso; ma questo proprietario non può disseppellire e gittar via le ossa senza il decreto del pontefice o l' autorizzazione dell' imperadore. Se egli ardisce di far ciò, si da contro di lui un'azione (1). Del rimanente egli può rivolgersi contro colui che ha seppellito il morto per costringerlo a portar via il cadavere, ed a pagare il terreno (2).

Un luogo religioso non era realmente in proprietà di alcuno; non però di meno quegli che lo avea renduto religioso, vi avea una specie di dritto conforme all'uso di quel luogo. Vi erano sepolcri di famiglia (*familiaria sepulchra*), o sepolcri ereditari (*hereditaria*), ne' quali ogni membro della famiglia, o ogni erede avea il dritto di esser seppellito, o di far seppellire i suoi (3). Un interdetto del pretore vietava specialmente di recare alcuna molestia a colui che voleva seppellire un morto in luogo, ove ne avea il diritto. La persona molestata poteva invocare quest'interdetto, o intentare un azione per farsi risarcire del danno (4).

Le terre religiose poste fuori del commercio degli uomini, come le cose sacre, non potevano esser nè vendute, nè donate, nè acquistate per l' uso. Anche quelli che aveano dritto al sepolcro, non potevano disseppellire le reliquie de' morti, e tramutarle in altro luogo, salvo che non ne ottenessero il permesso, ed in questo caso il luogo cessava d'es-

(1) L'azione d' ingiurie (*injuriarum actio*). *D. 11. 7. 8. f. Ulp. — C. 3. 44. 14. Valent. e Theod.*—(2) *D. 11. 7. 7. f. G.* Vi è per questo l'azione *in factum*.—(3) *D. 11. 7. 5. f. Gai. 6. f. Ulp.—C. 3. 44. 13. Dioclet. et Maxim.*—(4) L'azione *in factum D. 11. 8. 1. §. 4.—11. 7. 9. f. Gai.*

ser religioso (1). Finalmente la profanazione de' sepolcri era punita civilmente, e criminalmente. Civilmente per un'azione data dal pretore (*actio sepulchri violati*). Quest' azione avea ciò di notabile, che annoveravasi tra quelle che eran dette popolari (*popularis actio*), cioè che poteva esser intentata dalla persona interessata , ed in difetto di lei, da qualsivoglia altro cittadino. Il profanatore che rimaneva soccumbente era notato d' infamia ; e condannato a pagare alla persona , che aveva intentata l' azione una somma stabilita dal giudice, se ella avea interesse al sepolcro, se no , cento soldi d' oro (2). Oltre a questo potevasi dirigere anche un' azion criminale contro al profanatore. La pena, se le ossa erano state tolte via dal sepolcro , era la morte , o la deportazione , secondo la condizione del colpevole, negli altri casi la relegazione, o la condanna alle miniere (3).

Locum purum. Diceasi *puro* il luogo che non era nè sacro, nè religioso , nè santo (4).

X. Sanctae quoque res veluti muri, et portae quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta est in eos , qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus poenas constituimus adversus eos , qui contra leges fecerint sanctiones vocamus.

10. Le cose sante come le mura, e porte della città sono, a un certo modo, di ragion divina, e perciò non sono ne' beni d' alcuno. E diciamo che le mura son sante perchè si è ordinata la pena del capo a coloro che hanno commesso qualche delitto contro le mura. E però chiamiamo sanzioni quelle parti delle leggi, nelle quali si ordina qualche pena contro coloro che avranno violate le leggi.

Il verbo *sancire* sanzionare significa confermare una cosa , garentirla ordinando delle pene contro ogni attentato ; questa garentia chiamasi sanzione, e *sanctum* santo, sanzionato ciò che è garentito : « *Sanctum est quod ab injuria hominum defensum atque munitum est* » (5). Così per cose sante s' intendono in dritto romano quelle che non sono nè sacre,

(1) *D. 11. 7. 39. f. Marc. 44. f. Paul. — Cod. 3. 44. 14. Valent. et Theod.*—(2) *D. 47. 12. Cod. 9. 19. De sepulchro violato*—(3) *D. 47. 12 11. f. Paul.* —(4) *Purus autem locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus (D. 11. 7. 2. §. 4. f. Ulp.)*—(5) *D. 1. 8. 8. Marc.*

nè profano, ma che son protette da una sanzione penale (*quae neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam sunt confirmata*) (1). Queste cose non sono propriamente di ragione divina, ma si considerano come tali, perchè son poste fuori del commercio degli uomini, e circondate da una specie di venerazione legale; ecco perchè le Instituzioni di Giustiniano ripetendo in ciò quelle di Gaio (2) dicono *quodammodo divini juris sunt*. Tra le cose o le persone sante si trovano le leggi, la cui violazione per diverse pene vien punita (3); *gli ambasciadori*, che ciascuno dee rispettare sotto pena di esser dato come schiavo al popolo, che da loro è rappresentato (4); le mura, e le circonvallazioni, che son protette dalla pena di morte contro colui che fosse ardito di violarle, di montarle, o addossarvi delle scale (5); in fine le porte, quantunque Plutarco pretenda che non eran sante (6). Un interdetto del pretore proibiva in generale che in modo alcuno si facesse danno ad un luogo santo (7).

Una particolarità degna d'esser notata è che, se le cose di ragion divina cadevano in mano degl'inimici, incontanente perdevano pe' Romani il loro carattere sacro, religioso, o santo; ma potevano di poi ricuperare questo carattere per una specie di *postliminium* se eran ritolte agl' inimici (8).

Non ci rimane a dire se non delle cose che sono nel nostro patrimonio, il che ci mena ad esaminare la proprietà al tempo di Giustiniano. Del resto è cosa manifesta che ora non si tratta più di alcuna differenza tra le terre dell'Italia, e quelle delle province, nè di cose *mancipi* o *nec mancipi*. Tutte queste distinzioni, che rimanevano solo di nome, e che la situazione e l'organizzazione politica dell'impero non meno che il mutamento de' costumi aveano già abolite di fatto, sono da Giustiniano formalmente soppresse.

(1) *Ivi 9. §. 3. f. Ulp.* — (2) *G. 2. 8.*—(3) *D. 1. 8. 9. §. 3. f. Ulp.* (4) *D. 50. 7. 17. f. Pomp.* — (5) *D. 1. 8. 11 f. Pomp.* — *49. 16. 3. §. 17. Modest.* — (6) *Plutarc. Quest. Rom. cap. 17.* — (7) *D. 43. 6. 2. f. Hermog.* — (8) *D. 11. 7. 36. f. Pomp.*

Della proprietà al tempo di Giustiniano.

Sotto l' impero delle Dodici Tavole non v' era che un sol dominio, ma questo era il dominio romano (*dominium ex iure Quiritium*); più tardi il dritto delle genti pose allato a questo dominio una specie di proprietà imperfetta e naturale (*in bonis habere*); sotto Giustiniano questo dominio romano, e questa proprietà imperfetta e naturale dispariscono, e non si riconosce più che una sola proprietà, ma una proprietà ordinaria, scevra del carattere energico che il dritto primitivo le avea impressa. Ma si avverta di non attribuire questo cangiamento al solo Giustiniano. Il dominio romano già prima di lui non esisteva più nel fatto; restava il solo nome. La costituzione, nella quale Giustiniano ne cancella le ultime vestigia, è degna di attenzione « Questo nome di dominio ex *jure Quiritium* dice l' imperadore non differisce per nulla da un enigma; vanamente si ricerca questo dominio, esso negli affari reali non s' incontra mai, e non è altro che una parola vota di senso, la quale viene a mettere spavento negli animi de' giovani che imprendono a studiare le leggi ». Così nella legislazione delle Instituzioni non vi è più distinzione tra avere una cosa nel suo dominio, e averla ne' beni; ciascuno è interamente proprietario degli oggetti che acquista, qualunque sieno questi oggetti (1).

Io non tenterò di dare una definizione del dominio secondo la legislazione romana, chè niuna se ne trova ne' testi de' giureconsulti. Nerazio ne insegna che di già al suo tempo la parola *dominium* poteva tradursi per *proprietas* :

(1) De nudo jure Quiritium tollendo. *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex* jure Quiritium *nomen, vel tantum* in bonis *reperitur; quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec ex jure Quiritium nomen quid nihil ab aenigmate disceptat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum et superfluum verbum per quod animi juvenum qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti, ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt : sed sit plenissimus, et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium (C. 7. 25. const. Justin).*

dominium idest proprietas, egli dice (1). In fatti il dominio è la proprietà, perchè ci rende la cosa interamente propria. Io non dividerò il dominio in più specie, e non istabilirò tutte le divisioni immaginate da' comentatori, perchè sotto Giustiniano, come abbiam veduto, il dominio è uno. Ma m' intratterrò alquanto a determinare i differenti effetti, che il dominio produce. Essi son tutti compresi in queste parole, le quali in parte son tolte dalle Instituzioni: il dominio conferisce sulla cosa un pieno potere (*plenam in re potestatem*) (2). Quì è necessario analizzare gli elementi che compongono siffatto potere: potere d' occupare la cosa, di ritrarne tutti i servigi, tutt' i prodotti, periodici, o no, tutti gli accrescimenti; potere di modificarla, dividerla, alienarla, ed anche distruggerla, salvo le restrizioni legali, finalmente di rivendicarla dalle mani de' terzi: tutto questo è compreso nel dominio. Tra questi differenti diritti, i principali, cioè quelli a'quali la più parte degli altri si posson ridurre, sono i seguenti: *jus utendi*, cioè il dritto di ritrarre dalla cosa tutto l'uso, tutt'i servigi ch' essa può rendere; *jus fruendi* il dritto di raccogliere non già tutti i prodotti, tutti gli accrescimenti, ma tutt' i frutti ch' essa produce; *jus abutendi*, il dritto di disporne o alienandola, o anche distruggendola; in fine il dritto, che è come la sanzione di tutti gli altri, di seguirla e rivendicarla dalle mani di qualunque detentore.

Così il proprietario d' una casa può abitarla, *jus utendi*, darla in affitto, e riscuoterne la pigione, *jus fruendi*, venderla donarla, demolirla, *jus abutendi*, reclamarla in giudizio contro ogni detentore, *jus vindicandi* (3).

Si avverta di non attribuire nel linguaggio del dritto

(1) D. 41. 1. 13. f. Nerat. — (2) Inst. 2. 4. §. 4.

(3) Molti comentatori han definito il dominio: *jus utendi*, *fruendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur*; questa definizione non è interamente esatta; e poi non appartiene a' giureconsulti romani. Le espressioni *abuti*, *abusus* non si trovano presso quei giureconsulti così spesso, come si potrebbe immaginare, nondimeno s' incontrano qualche volta. Le parole *usus*, ed *abusus* sono opposte l' una all' altra. Cicerone parlando di una donna, a cui suo marito avea legato l' usufrutto de' suoi beni, dice che questa donna non era proprietaria del vino nè dell' olio, perchè di tali

romano alla parola *abuti* l'idea che nella nostra lingua le viene attribuita, di un uso smodato, sragionevole, riprovevole. *Abuti* per la sua stessa decomposizione etimologica (*ab* particella privativa, ed *uti* usare) dinota un impiego della cosa, che ne fa cessare, ne distrugge l'uso. Tal' è l'effetto dell' alienazione, del consumo della cosa.

Molti tra i dritti che compongono il dominio possono esser separati l'uno dall' altro, ed appartenere anche per parti a differenti persone. Ma in tutti questi smembramenti si è sempre riguardato il potere di disporre della cosa (*jus abutendi*) come il potere principale, l'elemento essenziale del dominio; si è sempre chiamato proprietario quegli che ha questo potere, la cosa si è chiamata *sua*, e degli altri si è detto che hanno il dritto di usare della cosa altrui, di raccogliere i frutti della cosa altrui (1).

Del possesso.

Dopo aver parlato della proprietà è convenevole che si dica alcuna cosa del possesso. Due titoli, l'uno nel Digesto, l'altro nel Codice son consacrati a questa materia (2). La prima osservazione, che intorno a ciò si vuol fare, è che si dee ben distinguere il possesso puramente fisico indipendente da qualsiasi dritto, dal possesso quale vien considerato dalla legge. Io son convinto che quasi tutto quel che v'è stato di controversia, e d'errore intorno a tal materia viene da che sovente si son confusi questi due possessi, e si è applicato all' uno, ciò che apparteneva solamente all' altro.

Il possesso fisico, fatta astrazione da qualunque diritto, non è che un fatto, cioè la detenzione o l'occupazione reale

cose non si può godere che vendendole o consumandole; or a lei si era legato il *jus utendi*, e non il *jus abutendi; usus enim non abusus legatus est, ea sunt inter se contraria* (Cic. *top.* 80.) Similmente Ulpiano parlando di quelle cose, di cui non si può godere che consumandole fa uso dell'espressione: *in abusu continentur* (*Ulp. Reg.* 24. 27). Ciò basta a farci vedere che *abusus* in latino portava l'idea di un uso che distruggeva, che consumava la cosa, ma non come nella nostra lingua, l'idea d'un uso smodato.

(1) Principalmente da questi smembramenti più o meno estesi i comentatori han cavato le loro divisioni del dominio in *plenum*, e *minus plenum; directum ed utile etc.* — (2) *D.* 41. 2. — *C.* 7. 32.

di una cosa. L'intenzione del detentore, quella degli altri non v' entra per nulla; vi è il fatto, vi è dunque possesso fisico: « *Ea res facti non juris est* » (1). A questo possesso i giureconsulti sovente danno il nome di *nuda detentio*, *naturalis possessio*, *corporalis possessio*. Questo fatto talvolta si esprime per queste parole: *naturaliter possidere*, *in possessione esse* (2). Nondimeno questo fatto non è senza influenza sul dritto.

Ma ordinariamente non s'intende ciò nella legge per possesso propriamente detto (*possessio*). Il possesso agli occhi della legge non è solamente un fatto, ma è ancora un dritto. L' intenzione delle parti vi è presa in considerazione, e può anche non trovarvisi la detenzione corporale della cosa: « *Possessio non tantum corporis, sed juris est* » (3); e viene espresso con queste parole *civiliter possidere*, *jure civili possidere*; o semplicemente *possidere* (4).

Due elementi compongono questo possesso legale: il fatto, e l' intenzione (5).

Il fatto non è limitato, come quando si considerano le cose fisicamente soltanto, alla sola detenzione o occupazione reale della cosa. Vi ha fatto legale di possesso ogni volta che la cosa è a nostra libera disposizione. Ricorriamo alla filologia, e l' idea prenderà più lume e chiarezza. *Possessio* (da *posse* potere) cioè potenza; *possidere* avere in suo potere. Così quando il proprietario presso al suo fondaco ove son risposte le mercanzie che mi vuol consegnare, me ne da le chiavi (6); quando egli mi mostra con dichiarazione di abbandonarmeli il fondo di terra (7), il sacco di danaro (8), o gli oggetti (9), che mi cede, quantunque io ancora non ne

(1) *D. 41. 2. 1. §. 3. — 12. §. 1. — 17. §. 1. — 4. 6. 19.* — (2) *D. 41. 2. 3. §. 3. f. Paul. — Ivi 24. f. Javol. — 43. 16. 1. §. 9. — 10. 4. 3. §. 15. — 39. 2. 7.* — (3) *D. 41. 3. 9. §. 1. f. Pop.* — (4) *D. 43. 16. 1. §. 9. — 10. 4. 3. §. 15. — 41. 6. 1. §. 2. — 39. 2. 7.* Quest' ultimo frammento formalmente indica tra *in possessione esse*, e *possidere* la stessa differenza che noi abbiam notata tra *in servitute*, *in libertate esse*, e *servus esse*, *liber esse*. — (5) *D. 41. 2. 3. §. 1. f. Paul.* — (6) *Inst. inf. §. 45.* — (7) *D. 41. 2. 18. §. 2. f. Cels.* — (8) *D. 46. 3. 79. f. Javol.* — (9) *D. 41. 2. 51. f. Javol.*

abbia la detenzione, pure ne ho il possesso, perchè da questo momento sono in mio potere, a mia libera disposizione: « *Non est enim corpore, et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis, et affectu* » (1). Per una estensione presso a poco somigliante, se il mio locatario, il mio mandatario, il mio figliuolo, o schiavo detengono un oggetto in nome mio, benchè essi abbiano la detenzione reale, pure siccome essi l'hanno per conto mio, non essendo per così dire che un istrumento, e siccome la cosa, agli occhi della legge, è in certa guisa a mia disposizione, in mio potere, per loro mezzo, così il fatto legale del possesso a me si appartiene (2).

Quanto all' intenzione, essa consiste nella volontà di possedere la cosa come padrone (*animus possidendi, animus domini*). Così il locatario, il comodatario, il mandatario benchè tengano la cosa corporalmente, pure non ne hanno il possesso, perciocchè la loro intenzione è di ritenerla pel padrone. Similmente il furioso, il fanciullo, o la persona che dorme non hanno il possesso della cosa, che hanno in loro mano, perciocchè eglino non hanno neppure l' intelligenza di questo fatto (*intellectus possidendi*) (3). Similmente lo schiavo non può mai avere il possesso legale per lui stesso, perciocchè egli non può avere per lui stesso niuna proprietà, e per conseguenza niuna intenzione di proprietà. Del rimanente o che uno sia di buona, o di mala fede, o che si creda proprietario della cosa, o no, basta per esservi possesso, che si abbia la volontà di tenerla in questa qualità. Ma nell'un caso si ha un possesso di buona fede, e nell'altro un possesso di mala fede, il che produce delle differenze che più innanzi vedremo.

I principali vantaggi, che si ritraggono dal possesso sono: d' aver il dritto di ritenere la cosa in fino a che un altro abbia provato esserne il proprietario (4); di poter muover giudizio per conservare, o per farsi rendere il suo possesso (5); d'acquistare la proprietà tanto delle cose *nullius*

(1) *Ivi* 1. §. 21. *f. Paul.* — (2) *Ivi* 9. *f. Gai.* — (3) *Ivi* 1. §. 3. — (4) *Inst.* 4. 15. 4. — (5) *Ivi.* 3. 4. 5. e 6.

di cui uno sia il primo ad impadronirsi, quanto delle cose, che il padrone vuol alienare a nostro favore (1); in fine d'acquistare in certi casi i frutti consumati, ed anche al termine di un tempo determinato, la proprietà delle cose che ad altri appartengono (2). Questi effetti non si trovan sempre riuniti, anzi ve ne ha taluni che non possono stare insieme; essi dipendono da diverse circostanze.

I vantaggi del possesso possono come quelli del dominio essere separati l'uno dall'altro, e dati a differenti persone, così per arrecarne un solo esempio, quando uno ha data la cosa in pegno, la possiede sempre legalmente, ma non può farsela rendere senza pagare il debito, e le azioni tendenti a proteggere il dritto di possesso spettano al creditore che ha il pegno (3). Ma di questi diversi smembramenti non si deve fare altrettanti possessi differenti. Il possesso legale è uno, come una è la proprietà. Si considera sempre come possessore colui a nome del quale gli altri ritengono la cosa, egli ha *l'animus domini*, egli acquista la proprietà per mezzo del possesso (4). Io so che Paolo (*D.* 41. 2. 3. §. 21.) annovera

(1) *Infra* §. 12. e *seg.* 40. e *seg.* — (2) *Infra* §. 53. e *tit.* 6. — (3) *D.* 41. 3. 16. *f. Javol.* — 41. 2. 36. *f. Jul.* Queste leggi dicono che chi ha dato in pegno sempre possiede, ma nondimeno de' dritti del possesso altro non gli rimane che quello di acquistare per l'uso, gli altri dritti son passati al creditore (4) Savigny ha pubblicato in Tedesco un trattato al cui pregio nulla possono aggiugnere i miei elogi. Io ho seguito in questi principi generali una parte delle sue idee, senza adottarle tutte. Il Savigny distingue tre specie di possesso: il possesso corporale, il possesso propriamente detto o possesso pretorio, possesso *ad interdicta*, ed il possesso civile. Il possesso civile sarebbe quello, i cui effetti vengono dal dritto civile, e non dal dritto delle genti, nè dal dritto pretorio: questi effetti sono l'*usucapione*; a sostenere quest' ingegnosa divisione il Savigny cita alcuni testi, e con essa risolve elegantemente parecchie difficoltà. Nonpertanto io non mi penso che questa divisione sia nelle leggi romane. Il possesso legale secondo le diverse circostanze produceva differenti effetti, ma in ciascuna di queste circostanze non si facevano altrettante specie differenti di possesso. Da un altro lato i vantaggi del possesso potevano esser divisi, come nel caso del creditore con pegno, ma ciascuno di questi diversi smembramenti non formava una specie diversa di possesso. Il possesso legale era uno; basta di ben distinguerne le frazioni.

tanti generi di possesso, quante cause vi ha che lo producono; ch' ei distingue quello di buona, o di mala fede, ma queste non sono che modificazioni accessorie.

Il possesso si applica solamente agli oggetti corporali: *Possideri autem possunt quae sunt corporalia* » (1). Per gli oggetti incorporali, vale a dire pe'dritti, come quello di usufrutto, di servitù non vi ha realmente possesso, ma per equità si è giunto a riconoscere un quasi possesso (*quasi possessio*), che anche consiste in due elementi: l'esercizio del dritto, e l'intenzione di esercitarlo come padrone di questo dritto (2).

De' modi di acquistare il possesso è la proprietà sotto Giustiniano.

XI. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium, quarumdam jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere: palam est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia enim jura tunc esse coeperunt cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi coeperunt.

11. Ma le cose divengono degli uomini particolari in più modi, perciocchè noi acquistiamo il dominio di alcune cose per dritto naturale, il quale, siccome abbiam detto, è appellato dritto delle genti, e di alcune altre cose per dritto civile. È adunque più comodo incominciar dal dritto più antico; e chiara cosa è che il dritto naturale è più antico, perciocchè esso fu prodotto dalla natura insieme con gli uomini; ma il dritto civile cominciò ad essere allorchè le città furono edificate, creati i magistrati, e scritte le leggi.

La singolarità ne' modi di acquistare il dominio è interamente scomparsa sotto Giustiniano. I modi naturali sono posti francamente nel primo ordine, anche innanzi ai modi civili, perchè essi son più antichi ed han dovuto necessariamente precedere gli altri.

Il primo fra questi modi naturali è l' occupazione, alla

che in alcuni casi son divise tra diverse persone, e con l' aiuto di questa distinzione io trovo che si risolvono d' una maniera soddisfacente le difficoltà di alcuni testi. — (1) *D. 41. 2. 3. f. Paul.* — (2) *D. 4. 6. 23. §. 2. f. Ulp.* — *8. 5. 18. f. Ulp.* — *8. 1. 2). f. Javol.*

quale si riferiscono i sette paragrafi che seguono. Noi ci facciamo ad esporre su questo soggetto alcuni principî generali, dopo di che delle brevi spiegazioni saranno al tutto sufficienti.

Egli è regola naturale, che le cose le quali non appartengono ad alcuno si acquistano dal primo che se ne impadronisce : « *Quod autem nullius est naturali ratione occupanti conceditur* ». In questo caso dal possesso nasce la proprietà, la quale nel fatto non ha avuto altra origine : « *Dominium ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait* ». (1). Per determinare se alcuno sia divenuto proprietario d'una cosa per l'occupazione, due soli punti sono ad esaminare: 1.° se questa cosa capace di entrare nel patrimonio dell' uomo non apparteneva ad alcuno; 2.° se se n' è acquistato il possesso.

Il primo punto ci menerebbe a precisare quali sono le cose, le quali benchè capaci di entrare nel patrimonio degli uomini, non appartengono ad alcuno. Di questa materia abbiamo di già trattato quì sopra p. 33.

E però noi sappiamo che l' occupazione si applica : a tutte le fiere selvatiche, che godono d'una libertà illimitata, alle selvaggine, agli uccelli, ai pesci, ed in generale di qualunque specie essi sieno (tra questi animali i giureconsulti romani pongono i pavoni, i colombi, e le api); a tutt' i prodotti degli animali selvatici, come sono i nidi degli uccelli, il mele delle api ; ai nemici, ed a tutte le cose che loro appartengono ; perciocchè pel soldato romano il soldato nemico, e quanto egli possiede sono cose *nullius* destinate a divenir sua preda ; a tutto ciò che si trova nel mare, o sulla riva, come le conchiglie, le perle , le pietre preziose , i coralli, le isole sorte nel mare; finalmente agli oggetti, che il proprietario ha abbandonati con animo di non più averli (2).

Il secondo punto ci menerebbe a precisare in quali casi si acquista il possesso. Intorno a ciò noi sappiamo che si richiede il fatto, e l' intenzione ; che l' intenzione sta nella volontà di aver la cosa per se, che il fatto non sta special-

(1) *D. 41. 2. 1. §. 1. f. Paul.* — (2) Inst. *Infra §. 47.*

mente nel ritenere corporalmente una cosa; ma generalmente nell' avere la cosa per qualsivoglia modo in nostro potere. Così poco importa se la forza, l' artifizio, l' educazione, o il bisogno sia il legame che pone la cosa a mia disposizione; il leone che io tengo in una gabbia, il pesce che ho chiuso in un bacino, l' uccello al quale ho tagliato le ale, il cervo che ho addimesticato per modo che va e ritorna, le api, i colombi, che ritornano sempre agli alveari, o alla colombaia, perchè vi trovano sicuro ricovero, e modo da soddisfare ai loro bisogni, tutti questi animali sono egualmente mia proprietà, perchè sono in mio potere, e per conseguenza nel mio possesso (1). Similmente a nulla monta, in qual luogo io mi sia impadronito della cosa. I Romani proclamavano questo principio naturale, che la caccia, e la pesca son permesse a tutti. Se alcuno sarà stato impedito dal cacciare, o pescare, in luogo pubblico, potrà citare in giudizio colui che gli ha fatto quest' ostacolo illegale; ed avrà contro di lui l' azione d'ingiurie (*injuriarum actio*) (2). L'animale, di cui un cacciatore si è impadronito, diventa sua proprietà, anche quando l' abbia preso in un fondo altrui, perchè quest' animale non era in proprietà di alcuno, e non apparteneva al padrone del fondo, sul quale passava (3). Nondimeno il proprietario può impedire che non si entri sulle sue terre, e se, non ostante la sua proibizione, alcuno vi entri, egli avrà un azione contro colui che ha violato la sua proprietà (4). Alcuni comentatori, tra' quali trovasi Cujacio, han pensato che in questo caso il cacciatore non diviene proprietario di ciò che prende, ma questa opinione non è da ammettersi (5).

(1) *D. 41. 1. 5. §§. 2. 3. 4. 5. f. Gai.*—*D. 41. 2. 3. §§. 14. 15. 16. f. Paul.*—(2) *D. 47. 10. 13. 17. f. Ulp.*—(3) *D. 41. 1. 3. §. 1. e f. 5. §§. 2. e 3. Gai.* — *D. 47. 2. 26. f. Paul.* — (4) L' azione d' ingiurie (*injuriarum actio*), dicono la più parte dei Comentatori, e citano per provarlo la legge 13. §. 7. f. Ulp. nel Digesto, lib. 47. tit. 10. Ma questa legge parla del caso, in cui uno è stato ingiustamente impedito di cacciare, o pescare in un luogo pubblico, e non del caso, in cui alcuno è venuto a cacciare a vostro malgrado nel vostro fondo. Adunque solo per analogia possiam conchiudere da un caso all' altro. — (5) Essa non è fondata che sopra un' induzione tratta dalla legge 65. f. Procul. D. 41. 1.

Quando concorrono insieme le due circostanze che ora abbiamo spiegate, cioè che si tratta di una cosa *nullius*, e che una persona ne ha acquistato il possesso, ella ne diviene proprietaria. Se adunque alcuno s'impadronisse dell'uccello ch'io ho addimesticato, delle api che stanno ne' miei alveari, egli commetterebbe un furto; ed io avrei contro di lui l'azione di furto (*actio furti*), ed il dritto di farmi render la cosa (1).

Ma questa proprietà che risulta dal possesso dura tanto quanto il possesso medesimo. Se il leone rompe la sua stia e fugge, se l'uccello, che col tempo ha di nuovo cresciuto le ali, se ne vola via, se il cervo addimesticato scuote il giogo dell'educazione, e perde l'abitudine di ritornare, se le api, o i colombi abbandonano gli alveari o la colombaia, il legame che riteneva questi animali in mio potere è disciolto, essi non mi appartengono più. La regola che deesi a tal riguardo, osservare è che la cosa non ha cessato di esser mia, se non quando è ritornata nel suo stato naturale. Così il nemico, del quale io m'era impadronito, e che è fuggito non cesserà d'esser mio se non quando sarà ritornato tra' suoi. Similmente se le pietre preziose, le conchiglie, che io ho raccolte dal mare, cadono senz'avvedermene sulla via che ho percorsa, appartengono sempre a me, ma se ricadono in mare, o sulla riva per modo che si possan dire ritornate al loro stato primiero, non mi appartengono più.

Questi sono i principii generali della materia; vediamo intanto i particolari che ne danno le Instituzioni.

XII. Ferae igitur bestiae, volucres, et pisces, id est omnia animalia quae mari coelo, et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest feras bestias, et volucres utrum in suo fundo quis capiat an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gra-

12. Le fiere salvatiche adunque, gli uccelli, i pesci, e tutti gli animali, che nascono in mare, in cielo, e in terra poi che saranno stati presi da qualcuno, subito cominciano ad esser suoi per dritto delle genti, perchè quello che non è per innanzi di alcuno, è conceduto per ragion naturale a chi l'occupa, e non importa se piglia le bestie, e gli uccelli più nel suo, i che nell'altrui fondo. Ben è vero però

(1) *D. 10. 2. 8. §. 1. f. Ulp. — D. 47. 2. 37. f. Pomp.*

tia potest a domino, si is praeviderit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coerceatur. Cum vero evaserit custodiam tuam, et in libertatem naturalem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur cum vel oculos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit persecutio.

che a colui che entra nell'altrui fondo per cacciare ovvero uccellare, può dal padrone esser vietato l' entrarvi dentro. E qualunque animale di quelli che tu piglierai, s' intende esser tuo fin a tanto che sarà in tua custodia, ma se fuggirà, e racquisterà la sua libertà naturale, cessa di esser tuo, e divien di colui che lo prende di nuovo. S' intende poi che acquisti la naturale libertà, quando sia sparito dagli occhi tuoi, o anche essendo in tua presenza, sia molto difficile riaverlo (1).

XIII. Illud quaesitum est an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit statim esse tuam, et eo usque tuam videri, donec eam persequeris. Quod si desieris persequi, desinere esse tuam, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent ut eam non capias.

13. Si è ricercato se la fiera salvatica sia subito tua, quando è ferita in maniera che si possa pigliare. A certi è piaciuto che sia subito tua, e tanto sia tua quanto tu la seguiterai per averla, ma restando tu di seguirla, essa parimente resti d'esser più tua, e divenga di colui che la piglia di nuovo. Altri hanno giudicato ch' essa non sia tua altrimenti, se non quando l' abbi presa. Ma noi confermiamo quest'ultima opinione perciocchè sogliono avvenir molti accidenti, perchè tu non la prendi.

Questa quistione avea diviso i giureconsulti; Gaio espone i due avvisi attribuendo il primo a Trebazio, ed indicando il secondo come quello ch' era seguito dalla maggior parte. L'avviso di Trebazio menava a questa conseguenza che se, mentre io perseguitava l'animale, alcuno se ne fosse impadronito per ritenerlo, questi avrebbe commesso un furto (2).

XIV. Apium quoque natura fera est. Itaque quae in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuae intelliguntur esse quam volucres, quae in arbore tua nidum fecerint. Ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, quilibet exi-

14. La natura parimente delle api è salvatica, e pertanto le api le quali si poseranno sul tuo albero, innanzi che sien rinchiuse nell' alveare non s'intendono esser tue più di quello che sieno gli uccelli che faranno il lor nido sul tuo albero; laonde se un altro le rinchiuderà, ne sarà egli il pa-

(1) *Gai.* 2. 67. — (2) *D.* 41. 58 1. *f. Gai.*

mere potest. Plane *integra re* si praevideris ingredientem in fundum tuum, poteris eum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio; alioquin occupantis fit.

drone. E s' esse avranno fatti i favi di mele, ciascuno li può spiccare. *Ma non essendo ancora spiccati*, accorgendoti di questa cosa, tu potrai vietar con ragione che alcun non entri nel tuo fondo. E lo sciame che si partirà volando s' intende esser tuo fino a tanto che è in tua presenza, e che non ti è difficile il seguitarlo, ma essendo altrimenti, esso diviene dell' occupante.

Integra re. Cioè prima che le api o i favi sieno stati presi; perchè se egli di già se n'è impadronito, appartengono a lui.

XV. Pavonum etiam et columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet quod ex consuetudine evolare, et revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in sylvas, ire, et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, tunc cum revertendi consuetudinem deseruerunt.

15. La natura de' pavoni, e de' colombi è similmente salvatica, e non importa s' essi per usanza sogliono volare, e rivolare, perciocchè anche le api fanno il medesimo, la natura delle quali è manifesto esser salvatica. Alcuni uomini hanno cervi così mansueti, e domestici, che sogliono andare e ritornar dalla selva: tuttavia non è chi nieghi che la lor natura non sia salvatica. In cosiffatti animali i quali soglion per usanza andare, e ritornare si è approvata questa regola che essi tanto s'intendono esser tuoi, quanto avranno volontà di tornare, perchè se non avranno più volontà di tornare, cessano eziandio d' esser tuoi e divengono di chi li prende. Ed allora pare cessino di aver volontà di tornare, quando avranno lasciata l' usanza di ritornare (1).

XVI. Gallinarum et anserum non est fera natura, idque ex eo possumus intelligere, quod aliae sunt gallinae quas feras vocamus, item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinae tuae aliquo casu turbati, turbataeve evo-

16. La natura delle galline e delle oche non è salvatica, il che possiamo comprender da questo che ci sono altre galline, le quali chiamiamo salvatiche, ed altre oche le quali son chiamate salvatiche. Se adunque le tue oche o galline in alcun modo tur-

(1) *Gai.* 2. 68.

laverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui, tuaeve esse intelliguntur, et qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum committere intelligitur.

bate voleranno via, quantunque sieno lontane dal tuo cospetto, nondimeno s'intendono esser tue in qualunque luogo che esse saranno, e s' intende che chi ritiene cosiffatti animali con animo di guadagnare commetta furto.

XVII. Item ea quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur. Qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

17. Similmente subito divengon nostre per dritto delle genti quelle cose, che noi togliamo agl' inimici, di maniera che anche gli uomini liberi vengono in servitù nostra, i quali nondimeno fuggendo dalla potestà nostra, e ritornando ai loro, ritornano nel primo loro stato.

Questo principio trovasi consacrato in Gaio in questi termini: « *Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt* » (1); in Celso, che aggiugne una nuova circostanza, cioè che gli oggetti tolti agl' inimici non divengono pubblici: « *Et quae res hostiles apud nos sunt non publicae, sed occupantium fiunt* » (2); finalmente in Paolo che li assomiglia alle altre cose *nullius*: « *Item bello capta, et insula in mari enata, et gemmae, et lapilli*, etc... *eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est* » (3). Nondimeno altrove troviamo delle leggi che sembrano contrarie. Il campo tolto a' nemici divien pubblico, dice Pomponio: « *Publicatur ille ager qui ex hostibus captus sit* » (4). Noi potremmo anche citare parecchi altri frammenti relativi alle terre conquistate. Del rimanente la storia ci rende certi che queste terre divenivano pubbliche (Ved. *General. del dritto rom.* n. 44 p. 81). Alcune volte parte se ne lasciava ai vinti, parte si distribuiva ai coloni, o veterani, e parte si vendeva a profitto dello stato, ovvero si dava in affitto, ed in questo caso si riscuoteva dal tesoro pubblico la rendita, che dicevasi *vectigal* (5). Non sarebbe malagevole a conciliar queste leggi;

(1) *Gai.* 2. §. 69.—(2) *D.* 41. 1. 51. §. 1. *f. Cels.*—(3) *D.* 41. 2. 1. §. 1. *f. Paul.*—(4) *D.* 49. 15. 20. §. 1. *f. Pomp.*—(5) Paolo parlando delle terre prese sui Germani dice, *Has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas...* (*D.* 21. 2. 11.)

basterebbe il dire che gli oggetti mobiliari tolti al nemico in guerra appartenevano al primo occupante, ma gl'immobili divenivano dello Stato: e questa è infatti l'opinione adottata da molti comentatori. Ma alcuni altri testi (1), e qualche fatto della storia pare che attribuiscano allo stato e mobili, ed immobili. A conciliare tutte siffatte idee si può dire, che in generale i nemici, e i loro oggetti mobiliari conquistati in guerra erano del primo occupante, quando si trattava di un occupazione individuale; ma che questa regola era modificata dalla disciplina militare, in quanto al bottino fatto in comune. Nel momento della spedizione, dice Polibio, nel campo si faceva giurare a' soldati di non sottrarre nulla dal bottino; mentre una parte correva a metter tutto a sacco e a ruba, un altra si rimaneva apparecchiata a recar soccorso ove fosse mestieri. In tal modo questo autore ci narra avere Scipione dopo il sacco di Cartagine fatto distribuire alle legioni il bottino, ma aver conservato per lo stato il pubblico danaro trovato nella città, ed i prigionieri, che come schiavi del popolo romano destinò al servizio delle sue navi (2). Riassumendo, per quanto si appartiene ai mobili, talvolta il bottino messo in comune era diviso, e se ne attribuiva una parte allo stato, ed ai generali, talvolta, come in un fatto d'arme particolare, era personalmente acquistato da chi avea fatta la preda. A riguardo poi degl' immobili essi divenivano pubblici, perchè il suolo apparteneva al popolo, o a Cesare.

XVIII. item lapilli, et gemmae et caetera, quae in littore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.	18. Similmente le pietre preziose, e le gemme, e tutte le altre cose che son ritrovate nel lido, per dritto naturale son subito di colui che le trova.

Qui finisce la serie de' paragrafi relativi al modo di acquistare che stiamo esaminando. Più innanzi troviamo alcu-

(1) *Divus Commodus rescripsit obsidum bona, sicut captivorum omnimodo in fiscum esse cogenda (D. 49. 14. 30 f. Marc.)* Un'altra legge presenta come colpevole di peculato, cioè di furto sui beni pubblici colui che ruba il bottino: « *Is qui praedam ab hostibus captam subripuit lege peculatus tenetur* », (*D. 48. 13. 13. f. Modest.*) —(2) *Polyb. lib. 10.*

ne parole sulle isole sorte nel mare, e sugli oggetti abbandonati dal padrone. Alcuni comentatori, secondo che l'occupazione si applica a diversi oggetti, ne fanno altrettante diverse specie di acquisto: *venatio, aucupium, piscatio, occupatio bellica, inventio* (1). Ma per noi, in tutto questo veggiam sempre che l'acquisto della proprietà deriva da due circostanze sempre le stesse, cioè: 1.° che la cosa non sia in proprietà di alcuno; 2.° che se ne sia acquistato il possesso.

Innanzi di passare alla spiegazione de'paragrafi seguenti fino al trentesimo quinto, dobbiamo esaminare un principio comune, al quale tutti generalmente si rannodano.

Allato all'occupazione i comentatori del dritto romano han posto un altro modo naturale di acquistare, che da una parola latina stornata dal senso che i Romani le attribuivano, han nominato *accessio* accessione, la quale consiste nell'acquisto che il proprietario di una cosa principale, naturalmente, e per la forza stessa del fatto viene a fare di tutto ciò che si congiugne, e riunisce come accessorio alla sua cosa.

Questa teorica generalmente ricevuta continua ad esser seguita dai più accreditati giureconsulti italiani, ed alemanni. Essa è passata ne' moderni codici, e segnatamente nel nostro codice civile, in cui due capitoli trattano specialmente del dritto di accessione (2).

Non pertanto uno degl'insigni professori di dritto romano nella nostra Università, il Ducaurroy ha mosso dubbio intorno all'esistenza del dritto di accessione come modo di acquistare nella romana legislazione (3); e da un altro lato

(1) *Heinnec. lib. 2. §. 344.* — (2) *Cod. civ. artic. 546, e seg. (a).*

(3) « 353... I giureconsulti romani dicono espressamente che le cose si acquistano *per traditionem* (§. 40. h. t.), che le cose *nullius* appartengono al primo occupante (§. 12. h. t.), ma io non ho mai letto in alcuno di essi che l'accessione fosse una maniera di acquistare, nè che una cosa divenuta l'accessorio di un' altra cessasse solo per questo di appartenere al suo primo proprietario. Io anzi mi prometto di dimostrare che i testi decidono realmente il contrario — 354. L'accessione, io ne son convinto, è un fatto che non trasmette, e per conseguenza non fa

(*a*) Leggi civili art. 471, e seg.

questo medesimo dritto è stato pur contrastato non già nella sua esistenza storica, ma nel suo fondamento filosofico, e di ragione.

Noi dobbiamo brevemente porre ad esame e risolvere queste due quistioni.

La parola *accessione* presa nel senso che ora se le dà realmente non appartiene alla legislazione Romana. Ne'comentari di Gaio, ne'frammenti de' diversi giureconsulti, nel Digesto, nelle Instituzioni non si trova mai la parola *accessio* per dinotare in generale un modo naturale di acquistare; essi espongono per verità diversi casi, che vi si posson riferire, ma senza dare un nome speciale ad un principio comune, che tutti per avventura li potesse regolare. Se la parola presa in questo senso è estranea alle leggi Romane, lo stesso è a più forte ragione della divisione fatta dagli antichi comentatori in accessione naturale, artificiale, o mista, secondo che l'accessorio è stato riunito al principale dalla natura, dall'arte, o dall'una, e dall'altra insieme: divisione inesatta, inutile, e non romana.

Ma dopo di aver fatto ragione della parola (1) veniamo alla cosa; il mio avviso è 1.° sotto il rapporto storico, che questa causa di acquisto esiste, ed è riconosciuta nella legislazione romana, quantunque non se ne sia fatto un modo di acquistare con un nome speciale; 2.° che considerando le cose sotto il puro aspetto filosofico, essa si dee parimente ammettere (2).

Accessio è frequentemente adoperato nelle leggi romane a significar l'accessorio, l'oggetto riunito accessoriamente, vale a dire come dipendenza, come appendice, come parte subordinata ad una cosa principale. Questa parola adunque

acquistare (*ne fait point acquérir*) ad una persona quel che è in proprietà di un altra...» etc. (*Ducarroy Institutes nouv. expliquées* dern. edit. t. 1. p. 266). —(1) Notate che la parola *accessio* presa nel senso che oggidì se le dà debb' esser riprovata come espressione latina unicamente nel dritto romano, perchè è un barbarismo, ma ciò non impedisce che nel nostro dritto, e nella nostra lingua la parola *accessione* non sia incontrastabilmente consacrata, e non renda perfettamente l'idea — (2) Sotto quest' ultimo aspetto dalla quistione si può veder BENTHAM: *Traités de législation civile et pénale* 2. part. *chap. 1.* §. 5. fino a 8.

dinota la cosa riunita, e non il fatto della riunione (1); ed in questo senso noi l'useremo sempre: l'*accessione*, cioè *la cosa accessoria*.

Accedere, *cedere* sono espressioni anche più frequentemente adoperate nel dritto romano, per dire seguir la sorte della cosa principale, esser tratto, assorbito da quella.

Posto ciò, noi troviamo espressa in varie forme da'giureconsulti romani la regola, che Ulpiano laconicamente riassume in questi termini: *Accessio cedat principali*, l'accessione (la cosa accessoria) segua il principale (2).

Questa massima riceve da prima la sua applicazione in ogni disposizione sia per vendita, per fitto, o altro contratto, sia per legato, o altrimenti, allorchè trattasi di determinare a quali oggetti la disposizione si estende: l'accessione vi è sempre compresa col principale, di cui segue la sorte, salvochè non ne sia stata espressamente eccettuata (3). Se le parti rivocano la disposizione, o il contratto quanto al principale, esso è rivocato eziandio quanto all'accessione. Ed ancora in gran numero di casi, quantunque non in tutti, se il principale viene a perire, la disposizione, o il dritto si estingue

(1) Tale è il senso in quel titolo del Digesto: *De usuris et fructibus et causis, et omnibus accessionibus* (*D. 22. 1.*) — Similmente quì appresso §. 26. — *D. 6. 1. 23. §. 5. f. Paul.—7.4. 8, e 10. pr. f. Ulp.— 54. 2. 19. §. 13. f. Ulp., 29. f. Florent. etc. etc.* — Similmente in una moltitudine di passi, in cui è adoperata a significare gli accessori incorporali di un credito, come i mallevadori, i pegni, le ipoteche, che son chiamate *accessiones*, accessioni dell'obbligazione principale. Vedi quì appresso *Inst. 3. 20. §. 5. — D. 46. 3. 43. f. Ulp. — 46. 1. 71. pr. f. Paul. — 45. 1. 91. §. 4. f. Paul. etc. etc.* Da ultimo si trova ancora questa espressione quasi consacrata nel senso di *accessio possessionis*, vale a dire riunione del possesso cominciato da una persona al possesso continuato dal suo successore; il che si avvicina maggiormente al senso grammaticale, che oggi volgarmente se le attribuisce, perciocchè quì si dinota il fatto della riunione de'due possessi. *D. 41. 2. 13. e 14. f. Ulp. e Paul. 44. 3. 14. f. Scaev.* e generalmente in tutto questo titolo: *De diversis temporalibus praescriptionibus, et de accessionibus possessionum.* — (2) *Dig. 34. 2. 19. §. 13. f. Ulp.* — (3) Ved. pei legati *Dig. 34. 2. 19. f. Ulp.; 20. f. Paul.* e molte leggi di questo titolo — *tit. 30. 4. §. 12 — tit. 32. 31. e 66. — 33. 6. 15; 33. 7. 20. §. 7.* — Per le vendite: *Dig. 18. 1. 47. 48. 49. 78. pr. 19. 1. f. 13. §. 31. f. 15. 16. 17, etc. etc.*—;

parimente a riguardo delle accessioni (1). Del resto non trasandiamo di notare, che la regola quì sopra riferita *accessio cedat principali* è formolata da Ulpiano all'occasione de'legati, e che fino a quì non si tratta che di determinare l'intenzione delle parti, o di regolare gli effetti dell' atto in materia di contratti, e di disposizioni.

Ma la stessa massima, e le stesse espressioni s' incontrano ancora quando si tratta non di contratto, ma delle conseguenze della proprietà, o del suo acquisto. In questo senso appunto dice Gaio: « *Omne quod inaedificatur solo cedit* ». (2) e nelle sue Istituta sotto una forma più generale: « *Superficies solo cedit* » (3); ed altrove per le piante: « *Plantae quae terra coalescunt solo cedunt* »; e per la scrittura: « *Literae quoque, licet aureae sint, chartis, membranisque cedunt* » (4); e i giureconsulti, discutendo se la tela debba esser considerata come l'accessione della pittura, o la pittura come l' accessione della tela: « *Quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere* » (5); e diversi altri esempi che si potrebbero oltremodo moltiplicare, ma che noi termineremo con queste due enunciazioni generali di Paolo: « *Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. Quaecumque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest* » (6). Tutto ciò pone fuor d'ogni dubbio che

(1) Ciò è vero pe'legati pe'quali la regola è così espressa da Gaio: «*Quae accessionum locum obtinent extinguuntur cum principales res peremptae fuerint* ». (*Dig. 33. 8. 2. f. Gai.*). Similmente in materia di obbligazioni, dove l' estinzione dell' obbligazione principale estingue tutte le accessioni: « *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora* ». (*Dig. 46. 3. 43. f. Ulp.*) — (2) *Dig. 41. 1. 7. §. 10. f. Gai.* — (3) *Gai. 2. §. 73,* — (4) *Dig. 41. 1. 9. pr. e §. 1. f. Gai.* — (5) Quì appresso §. *34.* — *Dig. 41. 1. 9. §. 2. f. Gai.* — *6. 1. 23. §. 3. f. Paul.* — (6) *Ivi 23. §§. 3. e 5.* Aggiugnete quest' altro frammento dello stesso giureconsulto: « *Proculus indicat hoc jure nos uti quod Servio et Labeoni placuisset, in quibus propria qualitas expectaretur, si quid additum erit, toto cedit ut statuae pes aut manus; scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum; navi tabula, aedificio coementum: tota enim ejus sunt, cujus antea fuerant* ». (*Dig. 41. 1. 26. §. 1. f. Paul.*

la regola generale e naturale: *accessio cedat principali* era ricevuta, e proclamata da'Romani in termini identici tanto in materia di proprietà, che in materia di contratti, e di disposizioni.

Ma l'effetto di questa massima poteva mai essere di far acquistare ad una persona quel che era in proprietà di un altra? Benchè gli effetti non fossero sempre gli stessi ne'differenti casi, pure lungi dal non trovare alcun testo per l'affermativa, eccone uno del giureconsulto Paolo, il quale si esprime su questo soggetto in termini così chiari che non si potrebbe più: «*In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli* (mali) *cogor pretium ejus, quod accesserit dare* » (1). In tutti quelli casi, ne' quali la mia cosa *per praevalentiam* per predominio *alienam rem trahit* trae la cosa d'altrui, *meamque efficit* e la fa mia... egli è impossibile di esprimere più energicamente il predominio della cosa principale, l'assorbimento della cosa d'altrui, e la proprietà che a me se ne trasferisce.

Resta dunque stabilito in fatto che la riunione d' una cosa in qualità d' accessione ad un altra era ammessa nel dritto romano come causa di acquisto in taluni casi, anche riguardo alle cose che di già appartenevano ad altri.

Ora noi dobbiamo brevemente valutare questo avvenimento, e le sue conseguenze da prima sotto il rapporto della ragione filosofica, e di poi ne' particolari della giurisprudenza romana.

Se una cosa viene a riunirsi, a congiungersi con la mia non per semplice avvicinamento, nè per semplice aderenza, che lascerebbe a ciascuna la propria individualità, ma incorporandosi, identificandosi con essa in guisa da divenirne una dipendenza, una parte subordinata, in ciò vi ha un fatto potente, che non potrà non esercitare la sua influenza sul dritto, e che dovrà ad esso comandare.

Proprietario della mia cosa io non posso altramente averla

(1) *Dig. 6. 1. 23. §. 4. f. Paul.*

da quel che è; io subisco gli effetti di tutte le sue modificazioni: se essa si diminuisce o accresce, ciò è a mia perdita o guadagno, salvo il regolamento de' dritti tra me, ed i terzi, che potrebbero esser la cagione dell'uno, o dell' altro di questi fatti. Il risultamento è forzato e necessario, ed è più la conseguenza del dritto di proprietà, che un nuovo dritto.

Si dee adunque riconoscere, e dire che ciò che i comentatori han chiamato *dritto di accessione*, è in realtà un effetto del dritto di proprietà, ma questo è un effetto particolare, che meritando un attenzione speciale può ben ricevere convenevolmente una denominazione particolare e propria; è un effetto, nel quale in sostanza il proprietario fa acquisto di una cosa appartenente ad altri, perchè viene assorbita dalla sua propria cosa: e ciò fa sorgere pe' giureconsulti, e pel legislatore delle importanti quistioni a regolare.

Si deve anche aggiugnere che vi ha de' casi, in cui l'incorporazione, l'identificazione della cosa accessoria con la principale non è così intera ed assoluta; in cui il fatto non comanda così imperiosamente, ma il legislatore più che la forza delle cose, in considerazione di questo fatto, e per un'estimazione legislativa di ragione, o di utilità, ha fatta l'attribuzione della proprietà, quando avrebbe potuto altramente decidere.

In fine se noi ci facciamo più addentro nell'intima natura del fatto, che chiamasi accessione, vedremo ch'esso produce una specie di occupazione o presa di possesso. Occupazione d' una natura al tutto particolare; perciocchè avviene non per volontà delle parti, ma a loro insaputa, ed anche a loro malgrado, per la cosa istessa. Il possessore che ha in suo potere, in suo possesso la cosa, ha parimente per suo mezzo, ed anche senza saperlo, in suo potere e possesso ciò che è venuto a subordinarsi, ed incorporarsi ad essa, ed abbandonando l'uno è astretto ad abbandonar l'altro giacchè per la cosa istessa si è operata, e si mantiene l'occupazione.

Ciò posto il fatto che riunisce, e subordina ad una cosa principale le accessioni, può avvenire: o per cose che non appartenevano ancora ad alcuno (*res nullius*); o per cose provegnenti originariamente dalla proprietà altrui, ma sulle quali è impossibile a chicchessia di riconoscere, o dimostrare alcun dritto; o da ultimo per cose appartenenti ad altri.

Nel primo caso, nello stesso modo che la vera occupazione delle cose *nullius* operata per mia volontà me ne rende proprietario, parimente la specie di occupazione che si opera per la mia cosa istessa, mi fa acquistare il nuovo oggetto, che vi si è incorporato, o subordinato come accessione. La causa attributiva è ugualmente ragionevole e giusta. Questo nuovo oggetto da cosa *nullius* che era in prima divien mio: vi ha dunque acquisto di proprietà. Notate che quì la legge dovrà mostrarsi meno rigorosa nelle condizioni del fatto. Non sarà necessario che vi sia stata incorporazione, assorbimento irrimediabile del nuovo oggetto nella mia cosa: potrà bastare un avvicinamento, un' adesione, che sufficientemente lo mostri come un appendice, o dipendenza, perchè non si tratta di spogliar altri, ma di far passare nel dominio dell'uomo ciò che ne era fuori. Così se de' colombi, o delle api salvatiche attirate da' miei colombi, o dalle mie api domestiche vengano a congiugnersi ad essi nel mio colombaio, o ne'miei alveari, anche a mia insaputa, questi animali, ed il prodotto che daranno mi appartengono; e chi venisse a prendermeli commetterebbe un furto. I Romani riferivano a questo primo caso quello del fiume che abbandona il suo letto. Il letto rimaso asciutto era considerato come *res nullius*, perchè esso non era pubblico, se non fino a tanto che vi scorrevano le acque, e come cosa divenuta *nullius* era attribuito per metà ai proprietari vicini in qualità di accessione de' campi siti lunghesso le rive (1). Lo stesso era per le isole nate nel fiume.

Tutto ciò che abbiam detto del primo caso si applica

(1) Ved. quì appresso §§. 23. e 24. — *Dig. 41. 1. 30. §. 1. f. Pomp.*

per la stessa ragione al secondo. Anche qui non si tratta di spogliare alcuno, giacchè non è possibile che le cose si riconoscano da chicchessia. Così le frondi staccate nell' autunno da diverse proprietà, e confuse con le mie sul terreno che mi appartiene, senza che sia possibile ad alcuno di riconoscere ciò che viene dal suo fondo; l'alluvione con che il fiume insensibilmente accresce il mio campo ch'è sulla riva, o anche il limo nero e fecondante che si può perfettamente riconoscere, e che il fiume deposita in un tratto in tempo d'inondazione, tutto ciò quantunque provegnente dal fogliame, dalle terre, dal guasto dell'altrui proprietà, siccome niuno può dire: ecco questo appartiene a me, così diviene mia proprietà come accessione del mio suolo anche ne' casi in cui non vi è stato assorbimento, o incorporazione irrimediabile.

Se ci limitassimo ai due casi precedenti, ciò pure sarebbe sufficiente, perchè il fatto del quale c' intratteniamo si dovesse annoverare tra le cause di acquisto. Esso sarebbe una causa operante solamente sulle cose *nullius* come l' occupazione.

Ma la sua influenza si estende eziandio ad un terzo caso, quello cioè in cui l'accessione è una cosa appartenente ad altri. Qui l'avvenimento tende a spogliare l'uno per l'altro, ad attribuire all' uno ciò che apparteneva all' altro. La legge debb'esser più rigorosa sulle condizioni del fatto di riunione. Bisogna che la riunione sia tale che comandi imperiosamente, che alteri, e distrugga il dritto; debbono esser ben precisi i caratteri, i quali fanno che una cosa divenga l'accessione, la parte subordinata di un altra. Se concorrono questi caratteri l'uno ha perduto la sua cosa, perchè essa ha cessato di esser ciò che era, l' altro l' ha acquistata, perchè essa è divenuta parte integrante, parte subordinata della sua. Ma il legislatore dee soccorrere i legittimi interessi. Se vi è stata incorporazione, assorbimento irrimediabile, questo è un fatto consumato: il proprietario del principale si è arricchito dell' accessione; non rimane altro che regolare i dritti per l'in-

dennità (1). Sarà lo stesso, se a rigore sia possibile di far cessare il fatto ch' è avvenuto, ma ragioni di utilità pubblica, d'agricoltura, di belle arti, di equilibrio d'utilità privata, o altre vi si oppongano. Ma se non vi sia luogo a niuna di cosiffatte considerazioni, e sia possibile il mezzo di far ritornare le cose nel loro primo stato, questo mezzo debb'essere apprestato alla parte che ha perduto la sua cosa. In tutti i casi il suo dritto di proprietà sulla cosa rinascerà, se questa per avventura ritorni al suo primo stato, salvochè non vi si fosse rinunciato per accordo tra le parti intervenuto; parimente in tutt'i casi chi si arricchisce in pregiudizio d'altri è tenuto ad un indennità. Da ultimo non vi ha forse alcuni casi in cui si rimane in dubbio? in cui nell'assorbimento reciproco delle cose il legislatore dee determinare qual'è la principale, e quale l'accessione? e se nè l'una nè l'altra può esser considerata come tale, quali debbono essere i dritti delle parti? qual conto deesi avere della differenza delle cagioni: il caso, la buona, o la mala fede?

Dopo questi principî generali possiamo passare ai particolari della legge romana, ed alla spiegazione de' paragrafi seguenti. Noi avremo il mezzo di riconoscere con certezza ciò che realmente è conseguenza del fatto di accessione, da ciò che ad esso falsamente viene attribuito.

XIX. Item ea quae ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.	19. Similmente ciò che nasce dagli animali, che son sottoposti al tuo dominio, pel dritto naturale ti si acquista.

Questo non è che uno de' dritti compresi nel dritto di proprietà: il *jus fruendi* (Ved. sopra p. 41). Il frutto è un prodotto della mia cosa; esso riconosce l'essere dalla mia

(1) Se il mio cane mangia il pane, di cui si è impadronito nella bottega del panattiere si dirà forse ch'io son divenuto proprietario di questo pane per accessione? Se il ladro mangia i commestibili che ha involati, si dirà che egli ne ha acquistata la proprietà? Vi è stato consumo, ma non acquisto. Molti casi di accessione ci offrono fatti a questo somiglianti, ma ciò non impedisce che ve ne sieno degli altri, quali sono una vera cagione di acquisto.

cosa ; questa è la causa efficiente , la causa generatrice; esso dunque mi deve appartenere. Questo ragionamento basterebbe pei prodotti della terra, ma pei parti degli animali è insufficiente. Quì la causa generatrice è duplice il maschio, e la femina ; or la proprietà del maschio non dà alcun dritto al parto : questo appartiene sempre al padrone della femina qualunque sia il maschio che l' abbia fecondata (1), salvo al proprietario di quest'animale il dritto di riscuotere un prezzo di fitto per l' atto di fecondazione ; e se la femina gravida passi in potere di nuovi proprietarî, i figli si acquistano da quel proprietario, al quale, nel momento che partorisce, essa appartiene (2). La ragione è che pel parto degli animali , come pe' prodotti della terra il frutto, innanzi che se ne stacchi, fa un corpo solo con la cosa, ne è parte integrante, parte incorporata, e come tale appartiene al proprietario della cosa: proprietà la quale si conserva anche dopo la separazione (3).

XX. Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis quantum quoquo momento temporis adjiciatur.

20. Oltre a questo ciò che per alluvione si aggiugne al tuo podere è tuo per dritto delle genti. E l'alluvione è un accrescimento nascosto, sicchè pare che si aggiunge per alluvione tutto ciò che si accresce così a poco a poco , che non si può comprendere quanto si aggiunga in ogni momento di tempo.

Poco importa se l'alluvione avvenga perchè il fiume insensibilmente si ritiri da una ripa verso l' altra, o perchè le onde lentamente depongano su d' una ripa le terre che traggon seco; questa nuova quantità, sulla quale niuno non ha, o non puo riconoscere alcun dritto di proprietà, è l'accessorio de' campi, a' quali insensibilmente si aggiunge, e per conseguenza è attribuita a' proprietari di questi campi.

L' alluvione non ha luogo pei laghi, nè per gli stagni,

(1) *D. 6. 1. 5. §. 2. Ulp.* — (2) *D. 41. 1. 66. f. Venul.* — (3) Fiorentino in due diversi frammenti pare riferire la causa dell' acquisto de' frutti all' occupazione (Dig. 41 1. f. 2. e 6.). Il che non potrebbesi intendere che dell' occupazione operata necessariamente dalla cosa istessa.

i quali conservano sempre gli stessi limiti, comecchè talvolta le loro acque si elevino, o abbassino (1). Parimente non ha luogo pe' campi limitati (*agri limitati*). Io mi penso che all'epoca ove siam pervenuti, sotto Giustiniano, si debba questa espressione prendere in un senso generale, vale a dire che se i confini di un campo si trovino definitivamente stabiliti per qualsiasi maniera, per esempio perchè il proprietario avesse fatto innalzare un muro, cavare un fossato che lo separi dal fiume, o perchè dividendosi le terre conquistate in guerra, si fosse fissato per ciascuna parte un determinato numero di misure di terreno (*modum*) a fine di sapere ciò che si è donato, ciò che si è venduto, e ciò che è rimasto pubblico, in tutti questi casi l'alluvione non ha più luogo (2).

XXI. Quod si vis fluminis partem aliquam detraxerit ex tuo praedio, et vicini praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plane, si lon-

21. Ma se la forza del fiume trarrà del tuo podere qualche parte di terra, e l'accosterà al podere del vicino, chiara cosa è che essa si

(1) *D. 41. 1. 12. f. Callist.*
(2) *D. 41. 1. 16. f. Florent.* — *43. 12. 1. §. 6. e 7. f. Ulp.* — Così io veggo nelle terre conquistate, di cui parla questa legge un caso particolare di campi limitati, e non già, come la più parte degli scrittori, il carattere esclusivamente proprio a questi campi. Ved. su questo argomento il GIRAUD (*Droit de proprietè chez les Romains* t. 1. p. 109); egli spiega questa legge per la limitazione religiosa di origine etrusca operata con le solennità augurali, la quale dava alla proprietà ed ai confini un carattere sacro ed invariabile. Non pertanto notate che quest' applicazione non è possibile in questo frammento, nel quale vediamo che precisamente le terre che ricevono il dritto di città sono non limitate, e quelle che son distribuite, vendute, o rendute pubbliche come conquista e bottino son limitate: *ut sciretur quid cuique datum esset, quid venisset, quid in pubblico relictum esset.* Confrontate il frammento 7. di Modestino *Dig. 40. 1.* dove si vede che in questi territori ciò che dee restare invariabile è la misura (*modus*), la quantità assegnata a ciascuno. Del resto sotto Giustiniano che inserisce questi frammenti nel Digesto non vi può esser più quistione di limitazione augurale e pagana. Il principio dee rendersi generale. I commentatori oppongono ai campi limitati i campi detti *agri arcifinii.* Ma quest'espressione che non è della buona latinità non è consacrata dai giureconsulti romani. Essa dinota un campo, la cui estensione non è determinata, e compresa entro limiti stabiliti, ma che ha solamente de' confini naturali, come sarebbe a dire delle montagne, de' boschi, delle riviere (*Isidor.* lib. 15. *Origin.* cap. 13.).

giore tempore fundo vicini tui haeserit, arboresque, quas secum traxerit in eum fundum radices egerint: ex eo tempore *videntur vicini fundo acquisitae esse.*

resta tua. Ma se starà lungo tempo accosto al fondo del vicino, tanto che gli alberi ch'essa menò seco mettano le radici nel suo terreno, la parte di terra e gli alberi pare che da quel tempo divengano del vicino.

Videntur vicini fundo acquisitae. Queste parole han fatto sorgere una difficoltà. Nel Digesto trovasi un passo somigliante, ma in luogo di *videntur acquisitae* si legge *videtur acquisita* (1). Ciascuna di queste due lezioni si è reputata contenere un senso ben differente, e però si è sostenuto doversi correggere l'una per l'altra. In fatti si è interpretato il Digesto in questo senso, che la parte del terreno staccata per la forza del fiume si acquisti al fondo vicino (*videtur acquisita*); e le Instituzioni in questo senso, che solamente gli alberi che han messo radice si acquistino al fondo vicino (*videntur acquisitae*), dal che pare dedursi che il terreno resti sempre del primo proprietario. Non pertanto questa conchiusione è stata generalmente rigettata. Ma io vado più oltre, e dico che la differenza di testo, sulla quale è fondata, neppur mi pare che esista. In fatti nel paragrafo delle Instituzioni queste parole *videntur acquisitae* non si riferiscono solamente agli alberi, ma alla parte del terreno ed agli alberi insieme: *pars fundi et arbores videntur acquisitae*. Secondo la stessa costruzione della frase *pars fundi, et arbores* sono i soggetti del verbo *videntur* (2). Un altra legge del Digesto offre una specie presso a poco somigliante ed è quella in cui delle terre per l'impeto di piogge, o per tutt' altra cagione si staccassero da un fondo superiore, e si accostassero ad un fondo inferiore (3). In tutti questi casi bisogna dire in reassunto: 1.° che il proprietario delle terre portate via ha il dritto di rivendicarle (4); 2.° che egli non ne ha più il dritto quando col tempo si son riunite

(1) *D. 41. 1. 7. §. 2. f. Gai.* — (2) Bisogna però confessare che la parafrasi di Teofilo non parla che degli alberi solamente. — (3) *D. 39. 2. 9. §. 2. f. Ulp.* — (4) *Ivi.*

come accessione al fondo, accosto al quale, o sul quale sono state gittate, 3.° che l'estendersi delle radici dall'un fondo nell'altro è un segno di questa riunione, ma essa si può egualmente per altri indizi manifestare; perciocchè in questa materia l'essenziale è, secondo le stesse espressioni della legge, che le terre portate via sieno intimamente riunite al podere vicino (*unitatem cum terra mea fecerit*) (1).

XXII. Insula quae in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit, nullius enim esse creditur. In flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem *mediam partem fluminis teneat*, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti *proximior sit*, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum agrum alicujus in formam insulae redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus et fuerat.

22. L' isola nata nel mare, il che suol avvenir rare volte è di chi l'occupa, perciocchè si crede ch' essa non sia di nessuno, ma l' isola nata nel fiume, il che spesse volte suole accadere, se è posta in mezzo del fiume, è comune a coloro che hanno poderi dall' una parte, e dall'altra del fiume vicini alla ripa, in proporzione della lunghezza di ciascun podere, lungo la ripa. Ma se l' isola sia più vicina all' una parte, che all'altra, è solamente di coloro, i quali hanno poderi da quella parte vicini alla ripa. E se il fiume sarà diviso in qualche parte, e di poi nuovamente unito riduca l'altrui podere in forma di un isola, quel podere si resta di colui, del quale era prima.

In tre maniere può formarsi un'isola in un fiume, dice Pomponio, che qui traduco quasi alla lettera: la prima quando il fiume taglia, e circonda il terreno d' un particolare; la seconda quando disseccandosi sopra una parte del suo letto vi scorre all' intorno; la terza quando a poco a poco con gli oggetti che trae seco eleva sopra le sue acque un'eminenza, che di poi si viene ad ingrandire per l' alluvione (2). A queste tre maniere se ne può aggiugnere una quarta, di cui parla Paolo: quando l'isola formata sopra un letto mobile di rami od altre sostanze leggiere non è attaccata al suolo, ma galleggia sulle acque (3). L' isola formata coi

(1) D. 39. 2. 9. §. 2. f. Ulp. — (2) D. 41. 1. 30. §. 2. f. Pomp. — (3) Ivi. 65. §. 2.

terreni de'particolari non muta padrone; l'isola galleggiante è pubblica, come il fiume che la porta. Vediamo qual'era il dritto intorno alle isole formate per disseccamento, o per adunamento di terra. Parrebbe cosa naturale che essendo quest'isole nate in fiume pubblico dovessero esser pubbliche, e quest'idea trovasi anche espressa nel Digesto in un frammento di Labeone (1). Ma non era così. La teoria che prevalse nella legislazione romana fu che il fiume non è pubblico se non in quanto è fiume: come tale esso rende pubblico il letto che occupa: « *Ille etiam alveus quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus,* » dice Ulpiano (2); « *Alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium* », dice Gaio (3). E però dovunque esso si ritira o cessa di scorrere, il terreno ritorna privato: « *Certe desinit esse publicus* (4). Ecco perchè Pomponio dice esser della natura del fiume che cangiando corso, cangi eziandio la sorte giuridica del letto: « *Natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato alvei causam mutet* », che faccia le funzioni d'un *censitor* rendendo pubblico ciò ch'era privato, e viceversa: « *Censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum* » (5). Ciò posto, l'isola che nasce nel fiume, il letto che abbandona, è di dritto privato; ma si considera come una cosa nuova, una cosa *nullius*, sulla quale niuno non può re-

(1) *Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico natа est publica esse debet* (*D. 41. 1. 65. §. 4. f. Lab.*). Questo frammento di Labeone che trovasi in opposizione con una infinità di leggi del Digesto, e con ciò che lo stesso Labeone più volte avea scritto, ha molto esercitato i comentatori. Alcuni l'han considerato come alterato e l'han corrotto a questo modo: Non si *id quod in publico innatum etc.* Altri, e tra questi Cujacio, 14. obs. 11. l'hanno interpretato nel senso che si parlasse solamente dell'uso, il che per altro, malgrado l'opinione di Cujacio, non potrebb'esser vero che per l'uso delle ripe. Altri l'hanno applicato alle isole che nascerebbero innanzi ad un luogo pubblico, per esempio innanzi Roma. Io aggiugnerò che se questo frammento debb'esser conservato come si trova, e nel senso positivo di ciò che annunzia, si trova nella medesima legge 65 un paragrafo più sopra §. 2. il solo caso, al quale esso sia applicabile, quello dell'isola galleggiante, che fa parte del fiume, e che ne prende la natura. — (2) *D. 43. 12. 1. §. 7. f. Ulp.* — (3) *Dig. 41. 1. 7. §. 3. f. Gai.* — (4) *Ulp.* lo stesso frammento. — (5) *D. 41. 1. 30. §§. 2, e 3. f. Pomp.*

clamare la proprietà, e che la legislazione romana per conseguenza attribuisce ai poderi lungo la ripa, in qualità di accessione, salvochè questi poderi non sieno limitati, nel qual caso l'isola formata, il letto abbandonato restano cosa *nullius*, ed il primo occupante ne diviene proprietario (1).

Mediam partem fluminis teneat...... proximior sit. Bisogna forse intendere queste parole nel senso che, affinchè l'isola appartenga in comune ai proprietari lungo la ripa, da ambe le parti del fiume, sia necessario che stia esattamente nel mezzo del fiume, e non sia in alcuno de' suoi punti più presso ad una ripa che all'altra, di tal che se avviene quest'ultimo caso essa debba appartener per intero ai proprietarî de' poderi, a' quali si troverà più vicina? Non dev'esser questo il senso della legge. Per verità nessun testo mi pare che offra la soluzione precisa di siffatta quistione, quasi tutti usano le stesse espressioni *proximior sit*, *propior fuerit*, *proxima est* (2); non pertanto in uno di questi testi si legge: *ejus (est insula) cujus ripam contingit* (3), il che dinoterebbe un grandissimo avvicinamento da un de' lati; la parafrasi di Teofilo dice; *Se l'isola, che sta molto dappresso ad una riva, è ben lontana dall' altra*, il che esprime un grandissimo allontanamento dall' altro lato. D'altra parte quando si voglia intender la legge nel senso ch' io combatto, sarà quasi fisicamente impossibile che si presenti il caso, in cui l' isola è comune ai proprietari di ciascuna riva. E però io conchiudo che per queste espressioni *si mediam partem fluminis teneat* si debba intendere: se il mezzo del fiume è occupato dall'isola, cioè se l'isola, in una direzione qualunque, si trovi nel mezzo, allora appartiene ai proprietari de' poderi lungo le due rive, ma se il mezzo non è occupato (*si vero non sit in medio*), cioè se tutta l'isola è posta da un solo lato, e per conseguenza se *tutta l'isola* si trova più vicina ad una riva che all' altra (*si proximior sit*), allora appartiene ai proprietari de' poderi lungo questa riva. In una parola, tutti i punti dell'isola più vicini ad un lato della

(1) *D. 43.12. 1. §§. 6. c. 7. f. Ulp.* — (2) *Gai. 2. §. 72.* — *D. 41. 1. 7, §. 5. f. Gai.* — *Ivi 30. §. 2. f. Pomp.* — *Ivi 56. f. Procul.* — (3) *D. 43. 12. 1. 6. f. Ulp.*

riva sono l' accessione di questo lato: ma tutti i punti più vicini all' altro lato sono parimente l'accessione di quest'altro lato. E questo non è altro che applicare all' isola ciò che una legge dice positivamente pel letto abbandonato (1).

XXIII. Quod si naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam sit. Novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus *novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus praedia possident.*

23. Ma se il fiume avrà lasciato il suo letto naturale, e comincerà a scorrer per altra parte, il primo letto è di coloro, i quali hanno poderi vicini alla sua ripa, in proporzione della larghezza di ciascun podere lungo la riva. Ma il nuovo letto comincia ad esser di ragion di colui, del quale è il medesimo fiume, cioè del pubblico. Che se il fiume dopo qualche tempo ritornerà al suo primo letto, *il secondo letto comincia alla sua volta ad esser di coloro, che hanno poderi vicino alla sua ripa.*

Questa decisione e quella del paragrafo precedente discendono dal medesimo principio. Notate che qui il fatto non comandava imperiosamente al dritto. L' incorporamento dell'isola o del letto abbandonato col podere che è lungo la ripa non è tale da dover necessariamente ed inevitabilmente trar seco il dritto di proprietà. Ma il legislatore mosso da considerazioni di prossimità o aderenza al suolo che è lungo la ripa, di facilità per l'abbordo, e per la coltura, di una specie di giusto compensamento tra la possibilità della perdita, e del guadagno, che la vicinanza del fiume può cagionare, fa volontariamente l' attribuzione della proprietà. Non pertanto le legislazioni potrebbero variare su questo punto, ed infatti il nostro dritto non ha consacrato tra noi le decisioni della giurisprudenza romana, le cui conseguenze non eran sempre eque, siccome ora vedremo.

Rursus novus alveus eorum esse incipit etc. In questa ipotesi d' un secondo cangiamento di letto avverrà spesse volte che i proprietari lungo la ripa ricupereranno se non esat-

(1) *D. 41. 1. 56. §. 1. f. Procul.* — Nondimeno la prima parte di questa legge a prima vista pare contraria alla mia interpetrazione. Leggete su di ciò attentamente *Gaio. 2. §. 72.*

tamente, almeno presso a poco il terreno, che da prima avean perduto. Nondimeno se nel suo primo cangiamento di letto il fiume avesse occupato un campo *intero*, e dipoi fosse ritornato al suo primo letto, il proprietario del campo occupato per intero non avendo più proprietà sulla ripa del secondo letto non potrebbe ricuperar nulla del suo terreno, ma gli altri proprietari lungo la ripa lo dividerebbero tra loro. In questo caso particolare che cosa si dovrebbe decidere a suo riguardo? Nel Digesto troviamo un frammento di Pomponio il quale pensa che gli si debba rendere il suo terreno, ne troviamo uno d'Alfeno Varo, il quale avvisa che non possa più pretendervi nulla; opposizione che mi sembra interamente giustificata da Gaio, il quale dice: « Secondo lo stretto ragionamento egli non potrebbe ricuperar nulla .... Ma siffatto risultamento a gran pena potrebbe esser ammesso. » Adunque questo è un punto da regolarsi secondo le circostanze e l'equità, e nella decisione non debb'esser di lieve momento il modo come il fiume ha occupato il terreno, ed il tempo che l'occupazione è durata (¹).

XXIV. Alia sane causa est si cujus totus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutat. Et ob id si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus et fuit.

24. Ma altra cosa è se l'altrui terreno sarà tutto inondato dal fiume, perciocchè l'inondazione non muta la spezie del fondo; e però se l'acqua si ritira, chiara cosa è che il terreno resta di colui, del quale era prima.

A por fine a questa materia non mi rimane che a fare un'osservazione sola, ma capitale. Nel sistema, il quale nega radicalmente che il fatto chiamato *accessione* sia mai una causa di acquisto, per isfuggire alla forza dell'esempio tratto dall'isola e dal letto abbandonato, si è supposto che nelle leggi romane il letto del fiume appartiene realmente per metà a' proprietari lungo la ripa, che le acque gravano, ma non distruggono questa proprietà, in una parola, che del letto avviene come della ripa, cioè che l'uso solamente è pubblico,

(1) *D. 41. 1. 30. §. 3 f. Pomp.*, le cui espressioni possono a ragione far credere ch' egli non parla che d'una inondazione di poca durata: « *Inundatione fluminis occupatus esset... eodem impetu recessu fluminis restitutus* ». — *Ivi 38. f. Alfen. Var.* — *Ivi 7. §. 5. f. Gai.*

ma la proprietà è de' padroni de' poderi lungo la ripa, di tal che, venendo a cessare quest'uso, i proprietari della ripa, secondo questa spiegazione, non acquistano un nuovo oggetto, ma riprendono la loro proprietà libera. Ma questo sistema ipotetico malamente appoggiato ad un frammento di Pomponio, nel quale si tratta solamente del suolo della ripa (1), è smentito non pure dal ragionamento, ma eziandio da buon numero di disposizioni de' giureconsulti. Così, per esempio, se il supposto principio fosse vero, nel caso d'un secondo cangiamento di letto, converrebbe decidere che i proprietari della ripa dovessero ciascuno esattamente riprendere ciò che il fiume gli avea tolto: ma in cambio di ciò la giurisprudenza romana, come il veggiamo nella disposizione finale di questo paragrafo, divide tra loro il letto abbandonato per la linea del mezzo ed in proporzione della larghezza attuale di ciascun podere sulla ripa, senza aver riguardo alla loro proprietà anteriore: vi ha dunque per essi un nuovo principio, che fa acquistare agli uni ciò che loro non apparteneva, mentre gli altri perdono ciò che era loro proprietà. La dimostrazione è anche più evidente nel caso, di cui sopra abbiam fatto parola, cioè nel caso in cui un campo trovasi occupato *per intero* pel primo cangiamento di letto. Quì lo stesso Gaio in termini che non ammetton dubbio ci espone il principio della giurisprudenza romana: *Stricta ratione*, egli dice, secondo lo stretto ragionamento, secondo la stretta deduzione da' principi il primo proprietario non può ottener nulla anche dopo il secondo cangiamento di letto, che ha lasciato a secco, e scoperto di nuovo il campo che a lui era appartenuto. E perchè? Quali eran dunque questi principi? « *Quia et ille ager, qui fuerat desiit esse, amissa propria forma* », perchè il suo campo ha cessato di essere e di appartenergli. Dunque il corso del fiume non era solamente una servitù, che gravava questa proprietà senza distruggerla, e che dovea lasciarla libera ritirandosi; dunque la proprietà anteriore nulla ha che fare con la nostra quistione. Ma Gaio continua e compie il suo

(1) *D. 41. 1. 30. §. 1. f. Pomp.*

ragionamento: « *Et quia vicinum praedium nullum habet, non potest* RATIONE VICINITATIS *ullam partem in eo alveo habere* ». Egli ha avuto la proprietà anteriore, ma questa gli è affatto inutile; ciò che gli manca è la vicinanza. *Ratio vicinitatis* la vicinanza, la prossimità, ecco la ragione, la causa di acquisto formalmente e perfettamente espressa da Gaio. Ed a nulla monta che il giureconsulto nel caso particolare indietreggia innanzi al rigore del ragionamento, e del principio, a nulla monta ch' egli aggiugne. *Sed vix est ut id obtineat*: questa eccezione ch'egli vuol fare a cagione delle circostanze, ne fa più chiara e rende più certa la regola (1). Similmente se il fiume gradatamente o anche ad un tratto, per grande spazio si ritira da una riva sull'altra, il podere dal quale il fiume si allontana, si estenderà, passerà la linea che altra volta era il mezzo del fiume, e guadagnerà anche ciò che una volta formava il campo vicino seguendo passo a passo il fiume nel suo continuo ritirarsi (2). Vi sarà dunque estensione della proprietà, acquisto di ciò che mai a nessun titolo le era appartenuto. In fine ecco un ultima specie proposta, ed espressamente risoluta da Procolo. Nasce un isola nel fiume solamente dal lato mio, questa mi appartiene per intero, ma oltre a ciò essa mi da il dritto sulle alluvioni che vi si fanno intorno, sulle isole e sul letto abbandonato ai due lati dell'isola, e per conseguenza anche sulle parti del letto che si supporrebbe appartenere in proprietà a' miei vicini (3). Non è forse evidente che in quest' ipotesi vi sarebbe anche estensione della mia proprietà su quella di altrui, e per conseguente acquisto per accessione, alla quale sarebbe pur forza ricorrere? Il fatto vero è che in tutti i casi, in cui si acquista o l'alluvione, o l'isola, o il letto abbandonato, vi ha accrescimento di terreno, acquisto di un nuovo oggetto, sul quale non si avea alcun dritto di pro-

(1) *D. 41. 1. 7. §. 5.* — Alfeno Varo non retrocedeva innanzi al rigore del principio, egli ne ammetteva tutte le conseguenze, anche nel caso proposto. Ivi 38. — Pomponio al contrario ammetteva la modificazione. *Ivi 30. §. 3.* — (2) *Dig. 51. 1. 38. f. Alf. Var.* — (3) *Ivi 56. pr. e §. 1. f. Procul.* Questo frammento di Procolo abbatte per se solo tutta la supposizione, che forma la base del sistema, che noi ricusiamo di ammettere.

prietà. E la ragione per la quale la legge fa quest' attribuzione di proprietà è l' aderenza stessa, la vicinanza, che sembra una cagione sufficiente, giacchè si tratta di cose, sulle quali niuno più non ha dritto di proprietà.

XXV. Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet quis eorum naturali ratione dominus sit; utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit? ut ecce si quis ex alienis uvis, aut olivis *aut spicis* vinum aut oleum aut *frumentum fecerit*, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellium fabricaverit. Et post multas *Sabinianorum*, et *Proculianorum* ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam rudem reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci eum potius intelligi dominum, qui fecerit, ut ecce; vas conflatum potest ad rudem massam aeris, vel argenti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino, et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis, et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu, eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestitit.

25. Quando alcuno ha fatto qualche specie di cosa dell' altrui materia, si addimanda chi di loro per ragione naturale abbia ad essere il padrone; colui che ha fatta la cosa ovvero colui, del quale sarà stata la materia? Come sarebbe, se qualcuno dell'uva altrui, o delle olive, o delle spighe avrà fatto vino, olio o frumento, o dell' oro, dell' argento, o del rame altrui avrà fatto qualche vaso, o dell'altrui mele, e vino il mulso, o degli altrui medicamenti avrà composto impiastro o unguento, o dell' altrui lana avrà fatto una veste, o delle altrui tavole una nave un armadio, o una sedia; e dopo molte dubitazioni de'*Sabiniani*, e de' *Proculiani*, seguitando noi la strada di mezzo, piacque che se quella spezie si può ridurre a rozza materia, colui ne sia padrone al quale apparteneva la materia, ma non si potendo ridurre, colui sia padrone che avrà fatto qualche spezie di cosa di quella tal materia. Così per es. il vaso fatto può esser ridotto a rozza massa di rame, d' argento, d' oro, ma il vino, l' olio, il frumento non può esser ridotto in uve, in olive, ed in spighe, ed il mulso parimente non si può ritornare in vino ed in mele. Ma se qualcuno farà qualche spezie di cosa parte della sua, e parte dell' altrui materia, come se del suo vino e dell' altrui mele mischierà il mulso, o de'suoi e degli altrui medicamenti farà impiastro od unguento, o dell' altrui lana, e della sua farà una veste; in questo caso non è da dubitare che colui sia padrone il quale avrà fatto la spezie, essendochè egli

vi ha messo non solamente l'opera sua ma eziandio parte della materia.

Qui la causa attributiva di proprietà è il potere di creazione. Si è creata una cosa nuova (*novam speciem*), per usare dell'espressione consacrata dai Romani, se ne divien proprietario in qualità di creatore, perchè ciò che è stato fatto, non apparteneva per l'innanzi a niuno, « *quia quod factum est, antea nullius fuerat* ». Ma da un altro lato non potrà quegli dal quale viene la materia vantare un dritto alla cosa nuova, perchè senza la materia sarebbe stato impossibile di farla, « *quia sine materia nulla species effici possit* » (1)? Qui vi son due elementi parimente essenziali all'esistenza del nuovo oggetto: la materia, la creazione; per chi si dovrà decidere? Nerva, e Procolo, e i giureconsulti della loro scuola, i *Procoliani* attribuivano la nuova cosa al creatore; Sabino, e Cassio, e i loro discepoli, i *Sabiniani* a colui dal quale proveniva la prima materia (2). Notate che i *Sabiniani* erano assoluti nella loro decisione; essi l'applicavano indistintamente anche ne' casi in cui non si può dubitare, che l'oggetto primitivo sia cessato di essere; per esempio nel caso, in cui col mio albero ridotto in tavole si è fatta una nave, un mobile (3), caso nel quale fuor di dubbio l'albero, come dice Paolo, non esiste più: « *Cupressus non manet sed cupresseum corpus* » (4). E però i Sabiniani non allegavano a ragione della loro opinione che la prima cosa sempre esisteva, il che in molti casi sarebbe stato assurdo, ma che senza di essa sarebbe stato impossibile di fare il nuovo oggetto: « *Quia sine materia nulla species effici possit.* » In fatti notate che ciò che forma il carattere distintivo, ed essenziale dell'avvenimento, ciò che rende possibile una contestazione sulla proprietà è che esiste un nuovo oggetto, che non esiste più la prima materia nella sua spezie primitiva (*suam speciem pristinam non continet*), di tal che colui, al quale essa per innanzi si apparteneva non può più

(1) *Dig. 41. 1, 7. § 7. Gai.* — Vedi ciò che abbiam detto di queste due sette, e de'loro primi capi Labeone, e Capitone nell'*Histoire du droit rom.* p. 247. — (3) *Dig. 41. 1. 7. §. 7. f. Gai.* — (4) *Ivi 26. f. Paul.*

dire: ecco la mia cosa, e che infine si tratta di vedere a chi il nuovo oggetto dovrà essere attribuito.

Quest'ultimo aspetto della quistione fece sorgere un partito di mezzo, che fu adottato da' giureconsulti posteriori. Se la materia può ritornare al suo primo stato, essa in realtà non ha fatto che cangiar di forma: « *Materia manet*, » dice Paolo, che è nel numero di questi eclettici (1); il proprietario può rivendicarla sostenendo che è sempre la sua cosa: a lui dunque apparterrà la spezie formata. Ma se la materia non si può ridurre al suo primo stato, essa ha cessato di esistere, il proprietario non può rivendicar più ciò che più non esiste; al creatore adunque il nuovo oggetto si appartiene. Questo è l'avviso di mezzo adottato da Giustiniano; ma si vedon tuttavia nel Digesto le vestigia delle opinioni antiche.

Aut spicis ... frumentum fecerit. Colui che batte le spighe, ne stacca i granelli che contengono, dice un frammento di Gaio nel Digesto, non forma un nuovo oggetto, scopre solamente degli oggetti che esistevano: *non novam speciem fecit, sed eam quae est detegit* (2). Questo caso adunque non è quello del nostro paragrafo, e mal'a proposito vi si trova collocato tra gli altri esempi tolti da Gaio, senza l'avvertenza che questo giureconsulto vi avea aggiunta.

Il fatto, di cui c'intratteniamo, nel quale una nuova spezie si è prodotta, da' comentatori si è nomato specificazione (*specificatio*) barbarismo formato dalla parola *species* che si trova ne' testi; e la specificazione si è annoverata tra i modi naturali di acquistare. Alcuni ne han fatto un caso particolare di accessione, in questo senso, che alla materia sarebbe venuta ad aggiugnersi una nuova forma, e che si tratterebbe di determinare ciò che debb' esser considerato come principale, o come accessorio, se la materia, o la forma. Altri vi han ravvisato una sorta di occupazione, la qual cosa non è certamente più esatta. Il vero è che qui vi ha una causa al tutto particolare per l'attribuzione della proprietà: la creazione d'una cosa, che non esisteva.

(1) *Dig.* 6. 1. 5. §. 1. *f. Ulp.* — (2) *D.* 41. 1. 7. §. 7. *f. Gai.*

Per terminare la spiegazione di questo paragrafo esporrò tre importanti quistioni, le quali tengon divisi i comentatori.

1.ª Quistione. *La decisione consacrata da Giustiniano applicavasi anche al caso in cui il novello oggetto era stato fatto da una persona di mala fede* ? Noi da prima porremo per principio due punti incontrastabili: primo che si reputa creatore dell' oggetto colui che l' ha fatto, o fatto fare, e non l'operaio, il cui lavoro si è impiegato (1); secondo, che quando il nuovo oggetto è stato fatto di consenso del padrone della materia, l'intenzione delle parti regola i loro diritti ; in questo si dee esaminare se il padrone ha venduto, o ceduto la sua materia (2), se l'operaio ha solamente locata la sua opera, o se han voluto formar tra loro una società. Ciò posto è chiaro che il nostro paragrafo riguarda solo il caso, in cui il nuovo oggetto è stato fatto senza consentimento del padrone della materia. In questo caso la buona, o cattiva fede di colui che avea fatto l' oggetto era forse indifferente quanto alla quistione della proprietà? Nelle leggi di Giustiniano non si trovava alcun frammento, che potesse risolvere positivamente tal quistione, ma mi pare che oggidì non si possa più muover dubbio, dopo questo passo de' comentari di Gaio. « Altri giureconsulti pensano per contrario, che la cosa *appartiene a chi l'ha fatta...*; ma danno a colui, al quale la materia si apparteneva, l' azione di furto contro il ladro, etc. (3). » È però anche il ladro, che con le mie uve ha fatto del vino, o con la mia lana una veste, ne sarà divenuto proprietario, perchè la materia che apparteneva a me, più non esiste, ed il nuovo oggetto, che il ladro ha creato non apparteneva per l' innanzi a niuno : *Quia quod factum est antea nullius fuerat* » (4).

(1) *D. 41. 1. 27. §. 1. f. Pomp.* — (2) *Ivi 25. f. Callist.* — (3) *Gai. 2. §. 79.* — (4) *D. 41. 1. 7. §. 7. f. Gai.* — I testi che m'han fatto lungamente dubitare su tal quistione sono i tre seguenti: *D. 10. 4. 12. §. 3. f. Paul.*; *D. 13. 3. 14. f. Julian.* e soprattutto *D. 41. 3. 4. §. 20. f. Paul.* Ma dopo maturo esame mi è paruto potersi spiegare d'una maniera soddisfacente. Alcuni autori assomigliano lo specificatore di mala fede a colui, che scientemente ha edificato sul suolo altrui, e che è riputato di aver fatto dono del suo lavoro, ma si vede agevolmente che in

2.ª Quistione. *Quali azioni nascevano nelle diverse circostanze di questo paragrafo?* In tutti i casi il proprietario del nuovo oggetto avea la rivendicazione (*rei vindicatio*) per riprenderlo ovunque si trovava ; ma era dovuta un indennità o per la materia, o per l'industria, perchè niuno debb' arricchirsi a danno altrui (1).

Oltre a questo quando colui che avea formato il nuovo oggetto avea rubata la materia, poteva, anche nel caso che restava proprietario del nuovo oggetto, esser perseguitato 1.° con l'azione di furto (*actio furti*) tutta penale, e che avea per effetto di fargli pagare a titolo di pena il quadruplo della cosa rubata, se era stato sorpreso in flagranza, se no, solamente il doppio (2), 2.° con la *condictio furtiva* , o con l'azione ad *exhibendum*. La parola *condictio*, che avea varî sensi dinotava più specialmente un' azione personale, per la quale l'attore sosteneva che il convenuto fosse obbligato di trasferirgli qualche cosa in proprietà (*dare*) (3). Un' azione di tal fatta nominata *condictio furtiva* davasi contro il ladro per astringerlo personalmente a rendere l' oggetto involato, o a pagarne il valore (4). Colui al quale apparteneva la materia involata, non essendone più proprietario, giacchè questa non esisteva più, non poteva rivendicarla, nè reclamare l'oggetto nuovo, che a lui non apparteneva ; ma per via della *condictio* riusciva a farsi indennizzare (5). L' azione ad *exhibendum* avea per iscopo di far presentare da qualcuno un oggetto che egli aveva occultato, fatto sparire, o distrutto di mala fede (6). Essa era data ad ogni persona che avea un interesse legittimo a far presentare quest' oggetto (7). Il giudice comandava che incontanente, o tra un termine che egli stimava conveniente si dovesse presentare la cosa. Se nel giorno stabilito non si presentava, allora egli condannava il convenuto a riparare il danno cagionato all' attore per non aver debitamente presentato l'oggetto (8). Nel nostro caso il pro-

quest' ultimo caso non si è fatto un oggetto nuovo e però non può esservi alcun dubbio quanto alla proprietà. — (1) *D. 13. 5. 13. f. Paul.* — (2) *Inst. 4. 1. §§. 5. e 19.* — (3) *Inst. 4. 6. §. 15.* — (4) *Ivi 4. 1. §. 19.*—(5) *Gai. 2. 79.*— *D. 13. 5. 14. §. 5. f. Jul.* — (6) *D. 10. 4. 9. f. Ulp.* — (7) *D. ivi 19. f. Paul.* — (8) *Inst. 3. 17. §. 4.*

prietario della materia involata non poteva più rivendicarla, perchè non esisteva più; ma siccome il ladro l'avea consumata di mala fede, egli intentava contro costui l'azione *ad exhibendum* (1), e questi non potendo presentare una cosa che non poteva più ritornare al suo primo stato, era condannato a tutti i danni-interessi. È da notare che siccome l'azione *ad exhibendum*, e la *condictio furtiva* aveano amendue per iscopo di far ristorare del danno la persona rubata, non potevano esser cumulate nel loro risultamento. Ma oltre a questo si avea sempre l'azione di furto, che era tutta penale.

3.ª Quistione. *Come debbesi intendere l'ultima parte del paragrafo: Quod si partem ex sua materia etc.?* Il senso grammaticale delle Instituzioni è evidentemente questo, che se colui che ha fatto il nuovo oggetto, ha messo la sua industria, e di più una parte della materia, l'oggetto senza dubbio appartiene a lui. Ma ne' tre esempi citati a questo proposito, il mulso, l'unguento, la veste si vede che le materie adoperate non possono ritornare al loro primo stato; dal che alcuni comentatori han conchiuso, che appunto per questa ragione il nuovo oggetto appartiene a colui che l'ha formato, e che non gli apparterrebbe se, per esempio, col suo rame, e con l'altrui avesse fatto un vaso od una statua. A sostegno di questa asserzione citano alcune leggi del Digesto; ma l'opinione contraria è più generalmente ricevuta. Essa è più conforme al testo delle Instituzioni, e vien confermata eziandio dalla parafrasi di Teofilo (2).

XXVI. Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, licet pretiosior est purpura, accessionis

26. Se alcuno avrà intessuto l'altrui porpora nel suo vestimento, quantunque la porpora sia di maggior

(1) *D. 10. 4. 12. §. 3. f. Paul.* — (2) Le leggi citate contro questa opinione sono: *D. 6. 1. 3. §. 2. f. Ulp.—4. f. Paul.—5. f. Ulp.—41. 1. 12. §. 1. f. Callist.* Basta notare che questi frammenti degli antichi giureconsulti hanno l'impronta delle opinioni diverse abrogate nella legislazione di Giustiniano, e che d'altronde da questi frammenti, come trovansi collocati nel Digesto, non apparisce affatto che si tratti di una persona che col suo metallo, e con quello di un altro abbia fatto un nuovo oggetto. Quivi si tratta piuttosto del caso, in cui il metallo di due persone sia stato confuso per accidente, o per opera di un terzo. Il che ancora chiaramente uppone uno di questi frammenti: *D. 6. 1. 4. f. Paul.*

vice cedit vestimento; et qui dominus fuit purpurae, *adversus eum qui subripuit* habet furti actionem, et condictionem, sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius; nam extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus, et *quibusdam aliis possessoribus* possunt.

valuta, essa cede al vestimento per accessione, e colui che fu padrone della porpora ha azione di furto, e di richiesta *contro colui che la furò*, o sia il ladro colui che fece il vestimento, o sia chi si voglia; perciocchè quantunque le cose estinte non si possano rivendicare, nondimeno si posson chiedere per la *condictio* ai rubatori, e ad *alcuni altri possessori*.

Quì si tratta di ciò che i comentatori chiamano *adjunctio* aggiunzione. Quantunque il nostro paragrafo ne citi solo un esempio particolare, pure si applica a tutt' i casi somiglianti. « Gli oggetti di qualunque specie, dice Paolo, che uniti ad una cosa cedono ad essa per accessione, fino a tanto che vi restan riuniti non possono più esser rivendicati dal padrone (1). » L'importante è di sapere, di due cose riunite insieme quale sia l' accessione. Nel nostro esempio la porpora è sempre l'accessione del vestimento, anche quando è di molto maggior valuta *licet pretiosior*, dice il testo, perchè essa è riunita al vestimento per adornarlo (2).

Adversus eum qui subripuit. Quali azioni ha il padrone dell'oggetto accessorio? Nel nostro testo si tratta di tale quistione pel solo caso in cui vi è stato furto. Noi la tratteremo in generale. Quest' oggetto non esiste più in natura; nel nostro esempio non vi ha più porpora, ma una veste ornata di porpora; il padrone adunque non può rivendicarla più, l' accessione è passata, come parte subordinata di un tutto in proprietà di colui, al quale questo tutto si appartiene. Ma siccome quì non vi ha assorbimento, incorporamento irrimediabile, così la legislazione romana da al proprietario primitivo dell' accessione il mezzo di far ritornare la cosa nel suo primo stato, e quindi di richiederla come sua. E però egli potrà intentar l' azione *ad exhibendum* per fare staccar l'oggetto, e rivendicarlo dopo che sarà presentato (3).

(1) *D.* 6. 1. 23. §. 5. *f. Paul.* — (2)... *Cum quaerimus quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandae causa adhibetur* (*D.* 34. 2. 19. §. 13. *f. Ulp.*) — (3) *Quaecumque aliis adjuncta, sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu, cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicen-*

Se l'oggetto è stato involato, allora si ha contro il rubatore, come abbiamo spiegato nel precedente paragrafo, l'azione di furto, e la *condictio* furtiva, o l'azione *ad exhibendum*.

Non pertanto vi erano de' casi, in cui quantunque a rigore le cose potevano ritornare nel primo stato, pure la legislazione romana non dava il dritto di ciò fare. Paolo seguendo Cassio ce ne dà un esempio lucidissimo nel caso, in cui un piede, o un braccio, sia stato aggiunto alla mia statua per l'operazione che i Romani dicevano *ferruminatio*; questo braccio diviene mia proprietà, perchè è assorbito dall'unità della parte più grande, cioè della statua (*unitate majoris partis consumitur*); e dopo essere stato così alienato, l'antico proprietario non solo non potrà richiedere che sia separato, ma anche quando avvenga che ne sia separato, continuerà sempre ad esser mio: « *Et quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse* ». Il proprietario primitivo avea solamente un azione *in factum* per farsi indennizzare. Certamente in questo caso niuno potrà negare che io abbia acquistata la cosa altrui per effetto della sua riunione come dipendenza alla cosa mia (1). Altramente sarebbe a decidersi nel caso di semplice saldatura per mezzo del piombo.

Quibusdam aliis possessoribus. Qui si offre una difficoltà di testo. Alcuni leggono *quibusdam possessoribus;* altri, e tra questi Cujacio, *quibusque possessoribus.* Il senso sarebbe nel primo caso che le cose estinte possono richiedersi per la *condictio* contro il rubatore, ed *alcuni altri possessori*; nel secondo, contro il rubatore, e *contro qualunque possessore*. Le Istituta di Gaio (*Com.* 2. §. 79.), onde questo passo fuor d'ogni dubbio è tolto, hanno *quibusdam*, e però il dubbio è in parte scemato. In fatto questo principio annunziato da

tur (*D.* 6. 1. 23. §. 5. *f. Paul.*). In alcuni casi particolari l'azione *ad exhibendum* non può aver luogo; allora il padrone ha un azione *in factum* (ivi).—(1) *D.* 6. 1. 23. §. 5. *f. Paul.*—Questa decisione è tanto più notabile in quanto che essa è tolta da Paolo a Cassio, il quale anche nel caso di creazione di un nuovo oggetto, attribuiva sempre la proprietà al padrone della materia. Ved. Ivi 26. §. 1. *f. Paul.* ove i giureconsulti dell'altra scuola Servio, Labeone, Procolo portano conforme opinione. Quì le due scuole sono d'accordo.

Gaio, più d'una volta s'incontra nel Digesto (1). Non si sarebbe ripetuto così specialmente pe' rubatori, se fosse stato applicabile ad ogni possessore. Quanto alle parole *et quibusdam possessoribus*, esse si spiegano benissimo; perciocchè si possono richiedere per la *condictio* le cose estinte contro gli eredi del ladro, contro tutti i suoi successori (2), contro i possessori di mala fede, o anche di buona fede, se han fatto perir la cosa per loro colpa, o se sono stati messi in mora di renderla (3). Soltanto, nel caso che l'azione non si dirigga contro il ladro, non si può usare della *condictio* furtiva, ma di un' altra specie di *condictio* (4).

XXVII. Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti, vel auri conflaverint. Sed etsi diversae materiae sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est, nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito, et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae, vel quae ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.

27. Se le materie di due padroni saranno mischiate insieme di lor consentimento, tutto quel corpo che dal mischiamento ne risulta divien comune all'un padrone ed all'altro, come sarebbe a dire se avessero mischiato insieme i lor vini, o le masse d'oro, e d'argento. Ma quantunque le materie siano diverse, e da quelle materie siasi fatta una nuova specie, come dal vino e dal mele il mulso, o dall'oro e dall'argento l'elettro, si dee dire il medesimo, conciossiachè non si dubita in questo caso che la spezie non sia parimente comune. Ed è piaciuto che il medesimo dritto sia pure quando materie diverse, o della medesima sorte si saranno mischiate a caso, e non per volontà de'padroni.

(1) *Condici furi potest, etiam si res sit aliqua ratione extincta* (*Dig. 47. 2. 46. princ. f. Ulp.*) Ved. anche *Dig. 13. 1. 20, f. Tryphon.* — (2) *Dig. 13. 1. 7. §. 2. f. Ulp.* — (3) *D. 13. 3. 3. f. Ulp.* — (4) *D. 12. tit. 7. 13. tit. 3.* Teofilo nella sua parafrasi dice che si può richiedere contro ogni possessore, ma io trovo la ragione di ciò in questo che Teofilo non vuole enunciar, come Gaio, un principio generale per tutti i casi in cui la cosa è perita anche interamente, egli comtempla il caso particolare del nostro paragrafo, in cui, essendosi la porpora intessuta all'abito, ogni possessore si arricchisce di questa porpora. « Si può, dice Teofilo far uso della *condictio* contro il ladro, o qualunque possessore: ma se il possessore dell'abito, è lo stesso ladro si avrà contro di lui l'azione di furto, e la *condictio*; se è un altro la sola *condictio* ».

Si è chiamata *confusione* il mischiamento delle cose liquide, o ridotte allo stato di liquidi. Tre casi sono a distinguere 1.° O la confusione ha luogo di consentimento de' padroni, ed allora, o che le cose mischiate abbian formato una nuova spezie, o no, o che possano separarsi, o nò, ciò che risulta dalla confusione è sempre comune 2.° O avviene a caso, ed allora, dice il nostro testo, la decisione è la stessa (*idem juris esse placuit*) ; le cose mischiate son comuni ; ma bisogna supporre che non possano più esser separate , percioecbè se si potessero separare si dovrebbe applicare il paragrafo che segue. 3.° O da ultimo avviene per il fatto altrui. Il nostro testo non fa parola di questo caso, ma noi sappiamo che, se colui, per fatto del quale è avvenuta la confusione, ha formato una nuova spezie, questa gli appartiene, se no, le cose mischiate debbon esser comuni. Quando ciò che risulta dalla confusione è comune, se vi è stato consentimento de' diversi proprietari, si stabilisce tra loro una vera società, se non vi è stato consentimento, vi è come una specie di società, ma in tutt' i casi ciascun di loro ha per far dividere la cosa comune un' azione detta *actio communi dividundo* (1).

XXVIII. Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune est; quia singula corpora, idest singula grana, quae cujusque propria fuerint, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant: nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem ju-

28. E se il frumento di Tizio sarà mischiato col tuo, se ciò avviene di vostro consenso, sarà comune; percioecchè ciascun corpo d' esso frumento, cioè ciascun granello che fu vostro proprio, è fatto comune per vostro consentimento. Ma se sarà mischiato a caso, o Tizio l' avrà mischiato senz'il tuo consenso, non pare ch'esso abbia ad esser comune , percioecchè ogni corpo d'esso frumento dura nella sua so stanza. Ed in questo caso il frumento non sarà fatto più comune di quel che s'intenda esser comune il gregge, se il bestiame di Tizio, si sarà mischiato col tuo ; laonde se il frumento sarà tutto ritenuto da un di voi , l' azione reale

(1) *D. 41. 1. f. 7. §. 8. e 12. §. 1. — 6. 1. f. 5. §. 2. 4, e 5. §. 1, — 10. 3. 2.*

dicis continetur ut ipse aestimet quale cujusque frumentum fuerit.

compete a ciascun di voi, secondo la porzione del frumento, ed è rimesso all' arbitrio del giudice il valutare quale sia stato il frumento di ciascun di voi.

è chiamato mischiamento (*commixtio*) l' unione di oggetti non liquidi, le cui particelle non si confondono punto. Nel caso di mischiamento, ciascuno degli oggetti continua ad esistere in natura, e separatamente, *utraque materia, etsi confusa, manet* (1); di quì una distinzione: se il mischiamento si è fatto di consenso di tutti i proprietari, allora è comune, perciocchè tale è stata la intenzion delle parti, e ciascuna di esse ha per far eseguire la divisione l'azione *communi dividundo*; se il mischiamento è avvenuto a caso, o pel fatto di un solo, allora ciascuno resta proprietario degli oggetti suoi propri, perciocchè questi non han cessato d' essere in natura ; e non può quindi esservi luogo all' azione *communi dividundo*, ma sì bene alla rivendicazione. Questa è una conseguenza necessaria de' principi. In tali casi la rivendicazione non offre alcuna difficoltà, se si tratta di cose ben distinte, facili a separare, come de' capi di bestiame; ma se trattasi di grani, di biade, allora sarà ufficio del giudice ch' egli stimi, secondo la quantità, e la qualità del grano appartenente a ciascuno, ciò che nel suo ordine preliminare (*arbitrium*; *arbitrio judicis continetur*) ei debba comandare che si restituisca a colui che rivendica (2).

XXIX. Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit: ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuerit, *desinit dominus ejus esse*, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque *ad exhibendum* de ea re agere propter legem Duodecim Tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet, per actio-

29. Avendo qualcuno edificato nel suo suolo una casa con l'altrui materia, s' intende ch' egli sia il padrone della casa, perciocchè tutto quel che si fonda nel suolo cede al suolo, e per questo non è che colui ch' era padrone della materia cessi d'esserne padrone; ma non può in quel mezzo rivendicarla, nè intentar per quella cosa l' azione a produrre (*ad exhibendum*) per rispetto della Legge delle XII. Tavole, per la quale si coman-

(1) *D. 6. 1. 5. §. 1. f. Ulp.* — (2) Ved. Teofilo su questo paragrafo. Nel Digesto si legge. *Competit singulis in rem actio in id in quantum patet in illo acervo suum cujusque esse* (*D. 6. 1. 5. princ. f. Ulp.*).

nem quae vocatur de tigno juncto. Appellatione autem tigni *omnis materia significatur*, ex qua aedificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.

da che niuno sia astretto a cavare i materiali altrui congiunti con le sue case, ma per quelli si dia il doppio per l'azione chiamata *de tigno juncto* e sotto questa voce *tignum s'intende ogni materia*, con la quale si faccia edificio; la qual cosa è stata provveduta acciocchè non si abbia a rovinar gli edifici. Ma se la fabbrica rovinerà per qualche accidente, e non abbia il padron della materia avuto il doppio, allora può rivendicarla, ed usare per essa cosa dell'azione a produrre.

Ecco un altro caso, in cui benchè a rigore si potessero far ridurre le cose al loro primo stato, pure la legislazione romana non ne dava il dritto. Siffatte disposizioni prendono la loro origine dalla legge delle XII. Tavole. « *Tignum junctum aedibus, vineaeque et concapet ne solvito* » dice questa legge in un frammento che ne abbiamo (1). Così essa avea provveduto al bene della città, impedendo che per privata utilità non si rovinassero gli edifici, al bene de'campi, e dell'agricoltura, negando il dritto di tor via i pali impiegati per la coltura delle vigne. Questo principio che la città non debb' essere difformata per le rovine (*ne ruinis urbs deformetur*) (2) fu sempre rispettato e ritenuto dalla legislazione. Quanto al testo, nel quale la Legge delle XII. Tavole dava l'azione de *tigno juncto*, esso non è pervenuto a noi, benchè più d'un giureconsulto parli di questa disposizione. Un titolo nel Digesto (lib. 47. tit. 3.) è consacrato a quest'azione.

Nec desinit ejus dominus esse. Se il padrone del suolo diviene proprietario dell'edifizio, in che modo colui al quale appartengono i materiali non ne perde la proprietà? I giureconsulti romani conciliavano queste due proposizioni con una distinzione alquanto sottile. Il padrone del suolo, essi dicono, acquista la proprietà dell'edificio in massa, considerato come oggetto immobile congiunto al suolo, ma non

(1) Questo frammento è tolto da *Festo* verb. *Tignum*. Noi ne abbiam data la spiegazione: *Hist. du droit* p. 47. Le parole ET CONCAPET sono evidentemente alterate. — (2) *D. 43. 3. 7. f. Juli.*

quella de' materiali considerati separatamente come oggetti mobili (1).

Ciò del resto ha luogo in tutt'i casi analoghi: l'accessione non passa nella proprietà del padrone della cosa principale che in qualità di dipendenza, di parte subordinata di questa cosa, ma considerata isolatamente, in astrazione, se è possibile, è sempre del primo padrone.

Ad exhibendum. Che il padrone de' materiali non possa più rivendicarli, questo è un principio generale, ma che non possa neppure valersi dell'azione *ad exhibendum*, come nel caso della porpora ed altre cose somiglianti (§. 25), in ciò sta l'eccezione introdotta, perchè quest'azione avrebbe a scopo di far cavar fuori i materiali, e per conseguenza di rovinare l'edificio.

Omnis materia significatur. « *Tigna enim a tegendo dicta sunt* » questa è l'etimologia un pò dubbiosa data da Ulpiano a questa parola generica (2).

In somma noi distingueremo più casi. 1.° Se i materiali sono stati adoperati di buona fede, il padrone ha solamente l'azione de *tigno juncto*; e se per effetto di quest'azione è pagato, non ha più nulla a reclamare, anche quando l'edifizio venisse per avventura a rovinare. 2.° Se i materiali sono stati adoperati di mala fede, il padrone potrà scegliere o l'azione *de tigno juncto* o l'azione *ad exhibendum*; ma sarebbe grave errore il conchiuder da ciò, che il proprietario dell'edifizio possa essere astretto a demolirlo; quì si da l'azione *ad exhibendum* contro di lui, non come possessore della cosa, ma in quanto per la sua mala fede ha fatto in guisa da non possederla più (*quasi dolo malo fecerit, quominus possideat*) (3). In conseguenza essendo nell'impossibilità di produrre la cosa, sarà condannato dal giudice 3.° Se il padrone de' materiali si vorrà rivolgere contro il rubatore,

(1) Questa distinzione era perfettamente stabilita (*D. 41. 1. 7. §. 11. f. Gai. — 41. 3. 23. §. 2. f. Javol.*). Teofilo su questo paragrafo dice: « egli non perde *irrevocabilmente* la proprietà de' materiali ». Questa espressione contiene una spiegazione più semplice, ma che non era quella de' giureconsulti romani. — (2) *D. 47. 3. 1. §. 1. f. Ulp.*—(3) *D. 47. 3. 1. §. 2. f. Ulp. — 6. 1. 23. §. 6. f. Paul.*

avrà l'azione di furto, e la *condictio*; o l'azione *ad exhibendum* come abbiamo spiegato quì sop. p. 77; si potrà anche, se così piace, intentar contro di lui l'azione *de tigno juncto*, il che non torrà il dritto di rivendicare anche i materiali, se l'edifizio viene a rovinare (1), perciocchè in questo caso il doppio del valore, che il rubatore avrà pagato per effetto dell'azione *de tigno juncto*, sarà considerato come la pena del furto.

XXX. Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit, *quia voluntate ejus intelligitur esse alienata*, utique si non ignorabat se in alieno solo aedificare; et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae, et mercedes fabrorum, posse eum *per exceptionem doli mali repelli:* utique si bonae fidei possessor fuerit qui aedificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa quod aedificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.

30. All' incontro se alcuno farà nell'altrui suolo una casa con la sua materia, la casa è di colui del quale è il suolo. Ed in questo caso il padron della materia, perde la proprietà d' essa materia, perchè s' intende che sia alienata di sua volontà, se egli non ignorava di fabbricar nell'altrui terreno, e però, quantunque la casa rovini, non può ricuperar la materia. Questo è ben vero che posto l'edificatore in possesso, se il padrone del suolo chiederà che la casa sia sua, e non pagherà il prezzo della materia nè le opere de'lavoranti, gli potrà esser data ripulsa *per l'eccezione di dolo*, se colui però che avrà edificato sia possessor di buona fede. Perchè a colui che sapeva il terreno essere d'altri, si può recare a colpa che abbia temerariamente edificato in quel suolo, ch' egli intendeva non esser suo.

Quia voluntate ejus alienata intelligitur. Questo principio rigoroso, perchè trovasi inserito nelle Instituzioni è volgarmente conosciuto, e viene anche più d'una volta invocato nel nostro dritto civile, mentre si trasandano poi i passi del Digesto, e del Codice, che provano essere stato singolarmente modificato. Così, secondo un frammento di Paolo ed una costituzione di Gordiano, noi veggiamo che, non ostante il principio rigoroso, egli è più convenevolo, ed umano (*benignius*) di concedere, quando il proprietario rivendica il suo terreno, anche al possessore di mala fede, un compenso per le spese necessarie, o utili che avesse fatte; il che si dovrà estimare dal giudice (2). Che anzi noi vediamo nel Codice

(1) *D. 47. 3. 2. f. Ulp.* — (2) *D. 5. 3. 38. f. Paul.* — *C. 3. 32. 5. const. Gord.*

che di già sotto Antonino era stato deciso da una costituzione di questo imperadore che dopo la demolizione dell'edifizio, l'edificatore tanto di buona quanto di mala fede riprendesse la proprietà della materia, e potesse rivendicarla, se pur non avesse fatto l'edifizio con animo di donarlo (*si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint*) (1). Sicchè il fatto ch'egli abbia voluto donare non è più legalmente supposto, ma dee risultare realmente dalle circostanze (2).

Per exceptionem doli mali. Noi abbiamo sufficientemente spiegato nelle nostra *Generaliz. del dritto rom.* (t. 1, p. 157) che cosa erano le eccezioni sotto il sistema del procedimento per formole, e che cosa eran divenute sotto Giustiniano. Nel caso, in cui secondo i principii rigorosi della legge civile, il dritto che serviva di fondamento all'azione, esisteva, ma si aveano a rimproverare all'attore de' fatti di dolo sia negli atti che aveano fatto nascere il dritto, sia anche nella domanda che ne faceva, il magistrato dando al giudice il potere di condannare vi aggiungneva questa restrizione: condanna, « se non vi è stato, nè vi è dolo da parte d'*Aulo Agerio* » (*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii, factum sit, neque fiat*) (3). Nella nostra spezie il proprietario del terreno ha il dritto di rivendicarlo, perchè gli appartiene, ma se egli ricusa di pagar l'edifizio, vi ha mala fede da parte sua, e però gli sarà data ripulsa per l'eccezione del dolo. Quest'eccezione non poteva giovare all'edificatore, che nel caso, in cui trovandosi egli stesso nel possesso fosse attaccato dal proprietario; ma se per qualsivoglia cagione egli avea cessato di possedere, non avea veruna azione per farsi ristorare del danno: poteva solamente richiedere la sua materia dopo la rovina dell'edifizio. Questa era una regola formalmente riconosciuta dai giureconsulti romani (4).

(1) *Cod. 3. 32. 2. c. Anton.* — (2) Un frammento di Paolo nel Digesto (19. 2. 55. §. 1.) ci dice che il fittaiuolo, il quale ha edificato sul terreno dato in fitto, ha il dritto di esser ristorato del danno; in fatti è manifesto ch'egli non avea fatto l'edifizio per donarlo—(3) *GAI. 4. 119.* L'espressione *dolus malus* viene dalla distinzione, che facevano i Romani, tra la frode (*dolus malus*), e l'artifizio lecito, per esempio quello che si usa per garentirsi da' ladri (*D. 4. 3. 1. §. 3*).— (4) *D. 6. 1. 48. f. Papin.* —*12. 6. 33. f. Iul.*— *44. 4. 14. f. Paul.*

luit); allora si è formato il legame di aderenza, che congiunge l'una all'altro. Senza dubbio non si può dire ancora che la pianta debba la sua sostanza a questo suolo, giacchè essa appena in quell'istante vi si è incorporata; senza dubbio si potrebbe anche a rigore separarla, e trapiantare altrove, ma il bene dell'agricoltura debb'impedire che si faccia questo tramutamento. D'altra, parte dopo un certo spazio di tempo, questo non sarebbe più giusto, perciocchè la pianta alimentandosi si trasforma.

Le decisioni de' paragrafi precedenti quanto ai dritti, ed ai modi di farsi compensare del danno, si applicano alle piantagioni con le seguenti importanti differenze: 1.° che l'azione *de tigno juncto* non si estende a questo caso (1): 2.° che l'albero dopo la sua caduta non ritorna al proprietario, come avviene per la materia degli edifizi, e la ragione è che esso, come tutti gli altri corpi organici, alimentandosi si rinnovella, tanto che in fine si trova composto di sostanze al tutto nuove (2).

Titii effici arborem dicimus. Questa regola pare non sia stata unanimamente adottata da'giureconsulti romani. Gaio la professava, Pomponio avea contrario avviso; e le loro opinioni trovansi tutte e due inserite nel Digesto (3).

XXXII. Qua ratione autem plantae quae terrae coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Caeterum sicut is qui in alieno solo aedificaverit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quae diximus, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

32. E per quella ragione, per la quale le piante che son nella terra cedono al suolo, per quella medesima ragione i frumenti che son seminati s' intende che cedano al suolo. Del restante, siccome colui che ha fabbricato nell' altrui suolo può difendersi per l'eccezione di frode, se il padrone chiederà l' edificio, secondo che detto abbiamo, così per ajuto della eccezione medesima, colui può esser sicuro, che avrà di buona fede seminato nell'altrui terreno a sue spese.

XXXIII. Litterae quoque, licet au-

33. Le lettere parimente, quantun-

(1) Il proprietario della pianta si farà compensare o per l'azione *in factum* (*D. 6. 1. 23. § 5 f. Paul.*); o per un' azione utile di rivendicazione (*Ivi f. 5. §. 4. 4. f. Ulp.*) — (2) *Dig: 41. 1. 26. § 2. f. Paul.* —(3) *D. 41. 1. 7. § 13. f. Gai.— 47. 7. 6. §. 2. f. Pomp.*

reae sint perinde chartis, membranisve cedunt ac solo cedere solent ea quae inaedificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis, membranisve tuis carmen vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum, membranarumve possessionem bona fide nactus est.

que d'oro cedono alle carte, ed alle membrane, siccome suol cedere al suolo quello che vi si fonda o si pianta; laonde se Tizio avrà scritto nelle tue carte, o membrane versi, istoria, o orazione, tu sarai padrone di cosiffatto libro, e non Tizio. Ma se tu chiederai a Tizio i libri, o le carte, e non sarai apparecchiato a pagar le spese della scrittura, Tizio si potrà difender per l'eccezione di frode, se egli però avrà acquistato con buona fede il possesso di queste carte, o membrane.

È certamente inutile avvertire che qui non si tratta della proprietà dell'opera letteraria in se stessa, ma solamente della proprietà della scrittura. La quistione avea un importanza d'applicazione ben più manifesta quando, non essendo ancor fatta l'invenzione della stampa, non v'era altro mezzo di riproduzione delle opere che la scrittura.

XXXIV. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si a domino tabulae, imaginem possidente is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit possideat, *consequens est ut utilis actio* domino tabulae adversus eum detur. Quo casu, si non solvat, impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est quod sive is qui pinxit subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

34. Se alcuno dipingerà nell'altrui tavola, pensano alcuni che la tavola ceda alla pittura, alcuni altri vogliono che la pittura, qualunque sia, ceda alla tavola; ma a noi pare che la tavola ceda alla pittura; perciocchè è cosa da ridere ch'una pittura d'Apelle, o di Parrasio per accessione abbia a cedere a una vilissima tavola. Laonde se colui che dipinse chieda al padrone della tavola la pittura che questi possiede e non paghi il prezzo della tavola, potrà esser ributtato per l'eccezione del dolo. Ma se colui che ha dipinto possiede, è conveniente che l'azione utile si dia al padrone della tavola contro di lui, nel qual caso, se il padrone non pagherà la spesa della pittura, può esser ributtato per la medesima eccezione del dolo, se colui però che ha dipinto sarà possessore di buona fede. Questa poi è cosa chiara che se colui che dipinse, o chiunque altro avrà rubato la tavola, l'azione di furto compete al padron della tavola.

Aliis videtur. Paolo era di quest'ultima opinione, Gaio per contrario pensava che la pittura dovesse preferirsi alla tela. Le loro opinioni comechè diametralmente opposte, si trovano amendue nel Digesto (1). Se la pittura fosse fatta sui muri di un edifizio, si dovrebbe diversamente decidere.

Consequens est ut utilis actio. Siccome il pittore è proprietario del quadro, regolarmente egli solo può rivendicarlo contro qualunque possessore. Se dunque si da un'azione di rivendicazione al primo padrone della tela, questa non può essere che un azione utile cioè un azione introdotta solamente per l'equità ed utilità, affinchè egli non perda la sua tela. (Noi abbiam già spiegato t. 1. p: 439 ciò che s'intende per azione utile). Ma da ciò risulta che costui, pagando la pittura, avrà il quadro. Il pittore potrebbe impedir questo effetto, e ribattere l'azione di lui, pagando il prezzo della tela ? I comentatori del dritto romano hanno agitata tal quistione; ma niun testo, che io mi sappia, ha dato al pittore questa facoltà. I testi non parlano d'altro, che dell'eccezione di frode la quale gli è data per farsi pagare il prezzo della pittura. Non pertanto si dee convenire che, siccome l'azione utile si dava solo per equità, per impedire che il padrone della tela non fosse spogliato, quest'azione diveniva inutile, se il pittore offriva il prezzo della tela. Se altrimenti fosse, ne seguirebbe questo strano effetto, che varrebbe meglio pel pittore non possedere, che possedere ; giacchè nel primo caso egli potrebbe, pagando la tela, richiedere il quadro, e ritenerlo; e nel secondo sarebbe astretto a darlo. Non sarebbe egli conforme ai principi romani il decidere che il pittore, pagando la tela potesse prevenire l'azione, ma che dopo intentata non potesse ribatterla? Vinnio in questo paragrafo combatte l'espressione *consequens est*, dicendo che queste disposizioni nonchè discendano dalle precedenti, vi apportano anzi un'eccezione. Io non so se mal mi apponga, ma a me pare che la parola *consequens* nel testo abbia relazione semplicemente

(1) *D. 6. 1. 23. §. 3. f. Paul. — 41. 1. 9. §. 2. f. Gai. — Gai. Comm. 2. §. 78.*

a questa circostanza *si possideat*, e che il senso sia questo : Se il pittore possiede, segue da questa circostanza etc.

Qui ha fine nelle Instituzioni l'esame de' vari avvenimenti, che la più parte de' comentatori hanno ordinati sotto il principio dell' accessione con denominazione speciale, come per altrettante diverse specie : l'accrescimento, l'alluvione, la coalizione, l' aggiunzione, la specificazione, la commistione, la confusione, la costruzione, la piantagione, etc.

I quattro paragrafi che seguono sono estranei alla materia di che c' intratteniamo, cioè ai modi naturali di acquistare la proprietà; e però non si trovano nelle Istituta di Gaio. Forse si son quì collocati, perchè, dopo aver detto che i frutti appartengono al proprietario, si è voluto parlare dei casi eccezionali, in cui si acquistano da altri, come dal possessore di buona fede, dall'usufruttuario, dal fittaiuolo. Non pertanto il paragrafo seguente indica il possesso di buona fede, come un mezzo di acquistare secondo la ragione naturale.

XXXV. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave *qualibet justa causa*, bona fide acceperit, naturali ratione placuit *fructus, quos percepit, ejus esse* pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus *ab eo consumptis* agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possedit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus licet consumpti sint, cogitur restituere.

35. Se qualcuno di buona fede comprerà un fondo da chi non è padrone, credendo egli però che il venditore ne fosse il vero padrone, o di buona fede lo riceverà per donazione, o per qualunque altra giusta cagione, è piaciuto per ragion naturale che i frutti ch' egli ha cavato, sian suoi per la cultura, e per la cura ch' egli ebbe. Laonde se sopravverrà di poi il vero padrone, e rivendicherà il fondo, non potrà chiedere i frutti consumati. Ma non è conceduto il medesimo a colui che ha posseduto scientemente l' altrui terreno, e perciò egli è astretto a rendere insieme col fondo i frutti, quantunque sian consumati.

Justa causa bonâ fide acceperit. Vi ha giusta causa quando la tradizione è stata fatta al possessore per una causa legale, che suppone l' intenzione di trasferire la proprietà, come sarebbe a dire, per cagione di vendita, di dote, di pagamento, etc. Più innanzi ritorneremo su di ciò. Del rima-

tente poco importa se la causa sia lucrativa, come un legato, una donazione; giacchè il nostro testo non vi pone alcuna differenza. Vi ha possesso di buona fede, finchè il possessore ignora che colui, dal quale ha ricevuto il fondo, non era il proprietario: ma se dapoi venga a risaperlo, da quel momento cessa di acquistare i frutti (1); ed in ciò vi è grandissima differenza con l'usucapione, per la quale basta, come più avanti diremo, d'essere stato di buona fede nel principio.

Fructus quos percepit ejus esse. È regola frequentemente espressa da' giureconsulti, e che importa ben notare a cagione delle sue conseguenze, che il possessore di buona fede in quanto ai frutti è assomigliato al proprietario (2). Ma per questo si richiede che sieno stati separati dal suolo; giacchè fin tanto che vi restano attaccati, ne fan parte, e seguono la sua condizione; or a riguardo del suolo il possessore ha que'soli dritti che il possesso gli da. Ma staccati che sieno una volta o dallo stesso possessore, o da chiunque altro, o naturalmente, ciò poco importa, i frutti cominciano ad esistere separatamente come frutti, come oggetti mobiliari. ed allora il possessore di buona fede può venderli, consumarli, rivendicarli, in una parola esercitare su di essi tutti i dritti di proprietà (3). Da ciò erroneamente si è conchiuso ch'egli ne è realmente il proprietario. Egli non è proprietario rispetto al padrone del fondo, al quale sarà tenuto di renderli, tranne quelli che avrà consumati; e ciò spiega la contraddizione apparente del nostro testo, il quale dopo aver parlato da prima de' frutti raccolti, dipoi non parla più che de' frutti consumati.

Ab eo consumptis. Il possessore di buona fede tuttochè assomigliato al proprietario per tutt' i frutti dal momento che sono staccati dal suolo, pure non guadagna definitivamente, se non quelli soltanto ch' egli consuma (4); in quanto a quelli che ancora esistono, è tenuto a renderli, perciocchè

(1) *D. 41. 1. 8. f. Paul.* —Ved. pertanto *D. 22. 1. 25. §. 2. f. Jul.* —(2) *In percipiendis fructibus id juris habet quod dominis tributum est (D. 22. 1. 25. §. f. Jul.). Quod ad fructus attinet loco domini pene est (D. 41. 1. 48. f. Paul.)* — (3) *D. 7. 4. 13. f. Paul. — D. 41. 1. 48. f. Paul.* — (4) *D. 41. 1. 40. f. Afr. — 41. 3. 4. § 19. f. Paul. — 42. 1. 41. § 1. — 20. 1. 1. § 2. f. Papin.— 10. 1. 4. § 2. f. Paul.*

il ritenerli sarebbe lo stesso che arricchirsi con danno altrui. Ma per quelli che non esistono più, il proprietario non può richiederli, essendochè il possessore li ha consumati di buona fede, e se fosse astretto a restituirne il valore, gli si cagionerebbe spesso un pregiudizio reale. Avvertite che la cultura, e la cura ch'egli ha avuta per la produzione de' frutti non sono una ragione sufficiente per attribuirgliene la proprietà in confronto del padrone; la sola conseguenza giusta, che se ne può dedurre, è ch'egli ha dritto d'esser compensato delle sue cure, e delle spese. Ma il fatto del consumo di buona fede cambia al tutto lo stato della quistione. È forza che le conseguenze dannose si facciano sopportare o al possessore di buona fede, il quale ha consumato i frutti, perchè se ne credeva padrone, o al proprietario, la cui negligenza è stata la prima cagione di questo errore. La ragione adunque vuol che si decida contro costui.

Il possessore di buona fede acquisterebbe, per ragione del consumo i frutti naturali cioè quelli, che sono prodotti spontaneamente dalla terra senza alcuna cultura da parte sua? Questa quistione è stata agitata da'comentatori. Senza entrare in una lunga discussione, dirò che un frammento di Pomponio enuncia formalmente che non li acquisterebbe (1), mentre un frammento di Paolo pare che dica positivamente ch'egli li acquisterebbe (2). Il certo è che per questi frutti, come per tutti gli altri, egli era assomigliato al proprietario dal momento ch'erano staccati dal suolo, ma dovea egli renderne ragione al proprietario del fondo, anche dopo averli consumati? Questa è a mio avviso tutta la quistione, e la distinzione che io fo può servire a rischiararla. In somma io non credo inutile di ripetere come analisi di questo paragrafo, che il possessore di buona fede ha in quanto a'frutti due distinti vantaggi: il primo d'esser considerato come proprietario e di poterne esercitare tutt'i dritti pe'frutti d'ogni maniera dal momento che non sono più attaccati al suolo; il secondo di non dover rendere alcun conto al padrone del podere pe' frutti che son consumati.

XXXVI. Is ad quem usufructus fundi pertinet non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos	36. Colui al quale appartiene l'usufrutto del fondo non è padrone dei frutti, se non gli ha raccolti, è però

(1) *D. 22. 1. 45. f. Pomp.* — (2) *D. 41. 1. 48. f. Paul.*

perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad haeredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. *Eadem fere* et de colono dicuntur.

s'egli muore, ed i frutti son maturi, ma non colti, questi non appartengono a' suoi eredi, ma sono del padrone della proprietà. Il medesimo quasi abbiamo a dire che sia del colono.

Parlando dell' usufrutto noi ritorneremo su queste disposizioni estranee alla materia, di cui qui trattiamo.

Eadem fere. Il colono del pari che l'usufruttuario, non diviene proprietario de' frutti se non quando li ha raccolti, noi più innanzi svolgeremo le conseguenze di questo principio (1). Ma a differenza dell' usufruttuario, il colono morendo trasmette il suo affitto e per conseguenza i suoi dritti a' suoi eredi (2).

XXXVII. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, pili et lana, itaque agni, hoedi, et vituli, equuli, et suculi statim naturali jure dominio fructuarii sunt. Partus vero ancillae in *fructu non est*, itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.

37. L' accrescimento del bestiame è tra i frutti non altrimenti che il latte, il pelo, la lana; laonde gli agnelli, i capretti, i vitelli piccioli, i cavallini, ed i porcellini subito per ragion naturale sono in dominio dell'usufruttuario. Ma il parto della schiava non si connumera tra'frutti, e però appartiene al padrone della proprietà, conciosiachè pareva cosa strana, che l'uomo si computasse tra i frutti, mentre che la natura ha per cagion dell'uomo prodotto ogni frutto.

In fructu non est. Siffatta quistione, come sappiamo da Cicerone, era stata discussa dagli antichi giureconsulti (3). Ulpiano dà la medesima decisione che Gaio, onde è tratto il passo delle Instituzioni, ma ei ne dà un'altra ragione: « *Fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant* » (4). Così, secondo lui, i figliuoli d'una schiava non son frutti, perchè non si compra una schiava per lo scopo speciale di farla produrre. Ma questa ragione si potrebbe applicare egualmente a tutti gli animali, da' quali si ricercano piuttosto i servigi, che l' accrescimento, come sarebbe una vacca da lavoro, una cavalla,

(1) *D. 19. 2. 60. fi. 5. f. Javol.* — (2) *Cod. 4. 65. 10. c. Gord.* — (3) *Cicer. De fin. bon. et mal.* lib. 1. cap. 6. (4) D. 5. 3. 17. f. Ulp.

un' asina da trasporto, etc. Non pertanto non era così, e si dee riconoscere che le due ragioni differenti in apparenza si riuniscono, in realtà, nella medesima idea. Comechè la schiava fosse posta nel novero delle cose, pure per considerarla come destinata all' accrescimento, ed assomigliare il suo figliuolo ad un frutto, si sarebbe dovuto scendere all'ultimo grado di degradazione. In fatti risalendo all'origine della quistione è cosa manifesta che un sentimento di dignità per l' uomo la fè sorgere tra i giureconsulti filosofi, e questo medesimo sentimento dettò la decisione che vedesi inserita nelle Instituzioni.

XXXVIII. Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submittere debet ut et Juliano visum est, et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere; recte enim colere et quasi bonus paterfamilias uti debet.

38. Se alcuno avrà l'usufrutto del gregge, debbe in luogo degli animali che son morti mettere di quelli che nascono e far che il numero sia pieno, siccome piacque a Giuliano, ed in luogo delle viti morte o degli alberi ne debbe metter degli altri, perciocchè egli ha a coltivarli rettamente, e dee usarne come buon padre di famiglia.

Questo paragrafo assolutamente appartiene alla materia dell' usufrutto.

XXXIX. Thesauros quos quis in loco suo invenerit, *divus Hadrianus* naturalem aequitatem secutus, ei concessit qui invenerit. Idemque statuit si quis *in sacro aut religioso* loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, *sed fortuito invenerit*, dimidium inventori, *dimidium domino soli* concessit. Et convenienter si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium, inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est ut, si quis in fiscali loco vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci, vel civitatis.

39. I tesori che alcuno trovi in luogo che sia suo, son conceduti dal divino Adriano, secondo l'equità naturale, a chi li trova, ed il medesimo Adriano ordinò che s' intendesse lo stesso ogni volta che i tesori fosser trovati a caso in luogo religioso e sacro: ma se fosser trovati nel luogo d'altri, e non a posta fatta, ma così a ventura, volle che la metà si restasse appresso il padrone del suolo, e l'altra metà a colui che li rinvenne. E se qualcuno li trovasse in un luogo di Cesare, ordinò che la metà fosse dell' inventore, e l' altra metà di Cesare. Alla qual cosa è simile quest'altra, che se qualcuno li trovi in luogo del fisco o del pubblico o della città, la metà s'intenda dell'inventore e l' altra metà del fisco o della città.

In un frammento di Paolo nel Digesto troviamo una definizione del tesoro in questi termini: « *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* ». (1) Due fatti costituiscono il carattere essenziale del tesoro , cioè il deposito della cosa fatta da gran tempo in un luogo qualunque (*vetus depositio*), e la perdita di ogni memoria di proprietà su questa cosa (*cujus non extat memoria*). Il tesoro non è veramente posto tra le cose *nullius*, perchè la proprietà non si è mai realmente perduta, solo se n' è perduta ogni ricordanza. Da un altro lato non è esatto il dire che sia l' accessione del suolo, perchè è vero che vi si trova nascosto, ma non fa parte integrante, parte subordinata di esso. Adunque nè l' inventore, nè il proprietario hanno a rigore alcun dritto a richiedere la proprietà sia per occupazione, sia per accessione; e però il legislatore avrebbe potuto decider per esempio, che essendosi perduta ogni memoria di proprietà, il tesoro fosse pubblico, ed appartenesse allo stato. Ma giudicando più convenevole d'abbandonarlo a'privati, e prendendo in considerazione da una parte il fatto dell'invenzione, che ha ritornata alla luce questa proprietà sepolta , e dall' altra la situazione dell' oggetto, la quale sembrava offrirlo più agevolmente alla scoperta del proprietario, per evitare la pena che naturalmente proverebbero l'uno a vedersi togliere interamente quel ch' egli ha scoverto, l' altro quel che si è venuto a scovrire nel suo fondo , e che era per così dire destinato alla sua invenzione, la legge romana divide il tesoro per metà tra l' inventore, ed il proprietario. Non vi ha nè vera *occupazione*, nè vera *accessione* ; ma vi ha analogia tra queste idee, e le ragioni che determinano il legislatore nell' attribuzione ch' egli fa della proprietà.

Divus Hadrianus. Tutte le decisioni riferite in questo paragrafo appartengono ad Adriano. Lo storico Elio Sparziano nella vita di questo principe riassume così le sue disposizioni: *De thesauris ita cavit, ut si quis in suo reperisset,*

(1) D. 41. 1. 31. § 1. f. Paul. La parola *pecuniae* in questo frammento debb' esser presa in un senso generale, come spesso la vediamo adoperata nelle leggi romane.

ipse potiretur, *si quis in alieno*, *dimidium domino daret*, *si quis in publico, cum fisco aequaliter partiretur* » (1).

In sacro aut religioso. Essendo questi luoghi *res nullius*, niuno poteva richiedere la parte conceduta al proprietario. Nondimeno quanto al suolo delle province, la cui proprietà reputavasi appartenere al popolo, o a Cesare, ed in cui sappiamo da Gaio non potervi essere realmente alcun luogo sacro, nè religioso, la metà del tesoro che vi era scoverto dovea attribuirsi al popolo, o a Cesare in qualità di proprietari. È questo si raccoglie da un frammento mal compreso del Digesto, nel quale veggiamo che Marc-Aurelio, e suo fratello Lucio Vero aveano attribuito questa parte al fisco (2). Checchè ne sia le Instituzioni consacrano la decisione di Adriano; perchè sotto Giustiniano ogni distinzione, quanto al suolo delle province era scomparsa.

Fortuito invenerit. Intorno a questo soggetto merita di esser notata una costituzione dell' Imperadore Leone inserita nel Codice di Giustiniano (3). È permesso a ciascuno di cercare dei tesori nella sua proprietà, purchè, dice l'imperadore, non si faccia col mezzo di empi sacrifizi, o di qualsivoglia altro artifizio punito dalle leggi. Qui si vede l'impronta di quelle idee superstiziose, delle quali anche le leggi di que'tempi non andavano esenti.

La stessa costituzione aggiugne che, se si va a far delle ricerche a posta fatta sul fondo altrui, tutto quel che si troverà, apparterrà al padrone del fondo.

Dimidium domino soli. Una costituzione che trovasi nel Codice di Teodosio, e che appartiene agl' imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio (4) dava soltanto il quarto al proprietario del fondo. Giustiniano ritorna alle disposizioni di Adriano.

Eccoci pervenuti all'ultimo modo naturale di acquistare, che ci resta ad esaminare; questo è la tradizione. Non è necessario di ripetere i particolari storici che abbiam dati su

(1) Aelius Spartian. *In Hadrian.* p. 9 edizione di Parigi, 1620, in fol. — (2) *D. 49. 14. 3. §. 10. f. Callist.* Questo frammento è inteso in altro senso da parecchi comentatori. — (3) *C. 10. 15.* Costit. unica. — (4) Cod. Theod. lib. 10. tit. 18. *De thesauris*, const. 2.

questo soggetto. Noi sappiamo che la tradizione si fa senza alcuna solennità, e si applica sotto Giustiniano a tutte le cose corporali.

Vi ha un'intima relazione tra *possesso* e *tradizione*, perciocchè la tradizione non è altro che l'atto, col quale si dà il possesso (*possessionis translatio*).

Or io posso consegnarvi la mia cosa senza alcuna intenzione nè dalla mia, nè dalla vostra parte che voi ne abbiate ad essere il proprietario, come avviene quando io vi do in prestanza, o quando vi do a custodire il mio cavallo. In questo caso io vi do solamente il *possesso fisico*. Questa tradizione puramente corporale (*nuda traditio*) non vi rende agli occhi della legge nè possessore, nè proprietario, quantunque essa non sia senza qualche effetto legale.

Io posso consegnarvi la mia cosa con intenzione e da mia e da vostra parte che voi ne diveniate proprietario. Allora io vi do il *possesso legale*. Questa tradizione vi rende in un tempo medesimo e possessore, e proprietario.

In fatti per le cose *nullius*, di cui niuno ha nè il possesso, nè la proprietà, se voi ne prendete possesso, ne divenite proprietario all'istante. Per le cose de' particolari, il cui possesso, e la cui proprietà appartengono ad altri, se il proprietario capace di alienarle ve ne da il possesso con intenzione di trasferirvi la proprietà, voi all' istante ne divenite proprietario. Nel primo caso (*occupazione*) ciò che produce la proprietà è il possesso che da voi stesso prendete, nel secondo (*tradizione*), è il possesso che vi è dato dal proprietario congiunto alla volontà di questo medesimo proprietario.

Ciò posto, ricordandoci che il possesso legale si compone di due elementi, cioè del fatto, e dell'intenzione; che il fatto consiste nel trovarsi la cosa in qualsivoglia modo a nostra libera disposizione, e l'intenzione nella volontà di possedere come padrone, è agevole conchiudere che le regole della tradizione sono: 1.° che la cosa in un modo qualunque sia stata messa a disposizione di colui, al quale si vuol cedere; 2.° che sia stata consegnata e ricevuta con l' intenzione di

trasferirne la proprietà (1). Quando concorrono queste due circostanze, vi è tradizione del possesso legale, ma perchè la proprietà sia trasferita all'istante, è necessario: 3.° che questa tradizione sia fatta dal proprietario capace di alienare.

Si son distinte più specie di tradizione: ma come vi è un solo possesso legale, così per acquistare la proprietà vi è una sola occupazione, ed una sola tradizione consistente l'una nell'acquisto del possesso legale, l'altra nella trasmissione di questo possesso fatta nello scopo di trasferire la proprietà. In quanto alle particolari circostanze, che si possono incontrare, esse producono soltanto delle modificazioni accessorie, le quali non derogano in nulla ai principi fondamentali.

Siccome per le cose incorporali non può propriamente parlando, esservi possesso (p.46.), così del pari non può esservi tradizione (2). Ma essendosi per siffatte cose ammesso in certi casi un *quasi possesso*, che consiste nell'esercizio del dritto, vi è per conseguenza in certi casi una specie di tradizione, la quale consiste in dare, o soffrire l'esercizio del dritto (3); e questo s'intende generalmente per *quasi tradizione*.

Ora mi rimane solamente a fare una riflessione importante, perchè appartiene al carattere generale del dritto romano.

La proprietà non essendo un fatto ma un diritto, un prodotto della legge, egli è possibile senza dubbio che in una legislazione si stabilisca che questa proprietà sarà trasferita da una persona all'altra per la sola volontà delle parti in forza della legge e senza alcun fatto esterno. Questa è la regola adottata nel nostro dritto francese. Ma si può ancora richiedere pel trasferimento della proprietà, che oltre la convenzione delle parti vi sia intervenuto il rilascio del possesso. Quest'ultimo sistema offre più, o meno d'utilità che il primo? Io qui dirò solamente che esso è molto più naturale, e che la proprietà, la quale è un dritto a rispetto di tutti, trovasi allora manifestata pubblicamente a rispetto di

(1) *D. 44. 7. 55. f. Javol.* — (2) *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est* (Gai 2. § 28.)—*D. 41. 1. 43. § 1. f. Gai.*—(3) *D. 7. 1. 3. pr. f. Gai. — 8. 1. 20. Javol. — 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.*

tutti, pel segno esteriore, che regolarmente l'accompagna, e che la fa presumere, cioè il potere, il possesso. Questo era il sistema consacrato dalle leggi romane, ed una costituzione di Diocleziano esprime il principio in questi termini : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* » (1). E però in questo sistema le convenzioni legalmente formate aveano per effetto di legare le parti, e di obbligarle a dare ciò che avean promesso, ma non trasferivano la proprietà; per fare questo trasferimento si richiedeva per regola generale la consegna della cosa. Era ciò applicabile alle cose incorporali? bastava la sola convenzione per cedere questi oggetti? o si richiedeva la quasi tradizione ne' casi in cui poteva aver luogo? Più appresso esamineremo siffatta quistione.

Del resto non si creda che la tradizione fosse il solo modo di acquistare, o che la proprietà non si trovasse mai trasferita per la forza della legge, senza che vi fosse possesso. Noi vedremo il contrario ne'legati, nelle donazioni a causa di morte, nelle successioni, etc., e ne daremo le ragioni. Ora passo alla spiegazione in particolare.

XL. Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi : et ideo *cujuscumque generis sit* corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque, et tributaria praedia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria, et tributaria praedia quae in provinciis sunt, inter quae nec non et italica praedia, ex nostra constitutione, nulla est differentia; sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut *qualibet alia ex causa* tradantur, sine dubio transferuntur.

40. Le cose parimente si acquistano per dritto naturale con la tradizione, perciocchè non v'è cosa più conveniente all' equità naturale, che aver per ferma e rata la volontà del padron d'una cosa che voglia trasferirla in un altro. E perciò d'ogni cosa corporale, sia di che sorta esser si voglia, si può far la tradizione, e se è data dal padrone, si aliena. Laonde per questo modo, si alienano eziandio i poderi stipendiarii, e tributari. Si chiamano così quei poderi che sono nelle province, tra i quali, e quelli d' Italia non è differenza alcuna per la nostra costituzione. La tradizione che se ne fa per conto di dote, di donazione, o di qualunque altra causa, ne trasferisce senza dubbio la proprietà.

Cujuscumque generis. Non si vuol intendere queste pa-

(1) *Cod.* 2. 3. 20. c. *Diocl. et Maxim.*

role nel senso che ogni cosa corporale, anche i tempi, gli edifizi pubblici, il sole, etc. possa esser data manualmente. I compilatori delle Instituzioni han voluto alludere al cambiamento introdotto da Giustiniano, il quale rendè la tradizione applicabile ad ogni cosa corporale, senza distinzione tra quelle che erano *mancipi*, o *nec mancipi*; il che si spiega dalle frasi che seguono. La costituzione che ha consacrato questo cambiamento, e di cui parla il nostro testo, è quella che noi abbiam citata p. 40. Noi sappiamo che per beni *stipendiari* s'intendevano i fondi delle province attribuite al popolo, e per beni *tributari* quelli delle province attribuite all'imperadore (*Hist. du dr.* p. 235).

Qualibet alia ex causa. Il fatto fisico della tradizione non trasferisce la proprietà, se non vi è una giusta causa. « *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur* » (1).

I giureconsulti romani intendono per giusta causa della tradizione un contratto, o un fatto qualunque, che trae come conseguenza la volontà di trasferire la proprietà, e di fare a questo fine la tradizione.

E però la tradizione fatta da un fanciullo, da un pazzo, senza che alcun fatto abbia potuto determinare in essi alcuna volontà, non ha causa, e non produce alcun dritto. Così la tradizione fatta per cagione di prestito, di affitto, di deposito contratti che non portano la volontà di trasferire la proprietà, non ha ciò che dicesi giusta causa (*justa causa*); e quindi non produce la proprietà. Fin quì vi ha solamente consegna del possesso fisico, e per conseguenza *tradizione puramente fisica* (*nuda traditio*). Ma la tradizione fatta per cagione di vendita, di pagamento, di permuta, di donazione, ed ogni altro contratto, o fatto, purchè porti con se come conseguenza la volontà di trasferire la proprietà, ha una giusta causa, e produce in un tempo medesimo il passaggio del possesso legale, ed il trasferimento della proprietà. Che anzi

(1) D. 41. 1. 31. f. Paul. — Ulp. Reg. 19. 7. — Gai. 2. § 20.

ancorchè questo contratto, o fatto sia stato determinato dal dolo di una delle parti verso l'altra (1); ancorchè vi sia stato tra loro un malinteso, dando una per una ta'e causa, e l'altra ricevendo per la tal'altra (2), ciò poco importa, basta che il fatto sia seguito con la volontà di trasferire la proprietà, perchè la tradizione produca i suoi effetti, cioè l'alienazione della cosa, salve nondimeno le azioni personali che in questi casi potrebbero nascere (3).

XLI. Venditae vero res et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti *expromissore*, aut pignore dato. Quod cavetur quidem ex *lege duodecim Tabularum*, tamen recte dicitur, et jure gentium, idest jure naturali id effici; sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.

41. Ma le cose vendute e consegnate non si acquistano dal compratore se egli prima non paga il prezzo di esse al venditore o in qualche altro modo lo sodisfaccia, come sarebbe per espromissione, o per pegno dato, la qual cosa, benchè sia ordinata dalla legge delle XII Tavole, nondimeno si può rettamente dire che sia per dritto delle genti, cioè per dritto naturale. Ma se colui che ha venduto crede alla fede del compratore, si dee dire che la cosa divien subito del compratore.

Colui che vende non ha l'intenzione di trasferire la proprietà se non in quanto gli si paghi il prezzo; se dunque non è pagato, la proprietà non è trasferita. Ma se il venditore si è contentato di ricevere un pegno, una sicurtà, un espromissore, per ciò appunto ha consentito di trasferire subito la proprietà, e di rimaner creditore del prezzo. È lo stesso quando egli ha creduto interamente alla fede del compratore

(1) *C. 4. 44. 40.*—(2) *D. 41. 1. 36. f. Jul.*—Non ostante *12. 1. 18. f. Ulp.* — (3) *Ved. Dig. lib. 12. tit. 6. e 7.* — Il Warnkoenig si è discostato dall'opinione comune in una dissertazione su questa materia (*in Archiv. für die civilist. Praxis vol. VI. §. III. — 133*), e ne' suoi comentari sul dritto romano (*t. 1. p. 374 e seg.*). Egli intende per giusta causa la volontà di trasferire la proprietà manifestata per qualunque fatto. Quest'opinione ha qualche cosa di più generale, perchè in sostanza sempre la volontà di trasferire la proprietà è quella che fa intervenire la tradizione e che le dà i suoi effetti. Ma non è questo il senso, che i giureconsulti romani davano alla parola *causa*. Tutti i testi provano che essi intendevano per *causa* il fatto che determina la volontà di trasferire la proprietà, e non la volontà in se stessa.

senza richiedere alcuna cautela, per esempio dandogli una dilazione per pagare, o anche affidandosi su tal riguardo alla buona fede di lui. Ma questo fatto debb' esser provato dal compratore.

Expromissore. Questa parola dinota un terzo, che promette al creditore di adempire egli stesso l'obbligazione, e libera con ciò il debitore.

Lege duodecim Tabularum. Questa frase è da notarsi come quella che viene in sostegno dell' opinione che ho adottata, che la vendita, e la tradizione naturale esistevano anche al tempo delle Dodici Tavole per le cose *nec mancipi* (ved. p. 9).

XLII. Nihil autem interest utrum ipse dominus tradat alicui rem suam an voluntate ejus alius.

42. E non importa nulla che il padrone, faccia egli stesso la tradizione della sua cosa, o un altro per volontà di lui.

XLIII. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex iis negotiis rem vendiderit, et tradiderit, facit eam accipientis.

43. Laonde se sarà commesso da un padrone a qualcuno ch' egli amministri i suoi negozi con ogni libertà, colui vendendo, o dando qualcuna delle cose a lui commesse, ne trasferisce la proprietà a colui che la riceve.

Sempre perchè egli opera secondo la volontà del padrone, di cui egli è solamente lo strumento. Questo paragrafo fa sorgere la quistione se il mandato generale di amministrare dia il potere di vendere. Questo non è il luogo di discuterla a lungo, ma si può far osservare che siffatto mandato da sempre il dritto di fare quelle vendite, che le circostanze richieggono, e che per conseguenza fan parte dell'amministrazione, come sarebbe quella de' frutti, e delle cose soggette a deterioramento (1). Oltre a ciò egli è bene di notare l'espressione del nostro testo : *Libera universorum negotiorum administratio*, espressione che si trova nel Digesto, ne' frammenti di Gaio, e di Paolo (2) e che indica una gran latitudine lasciata all' amministratore. Anche la parafrasi di Teofilo viene a confermar quest' idea.

(1) *D.* 3. 3. 63. *Modest.* — (2) *D.* 3. 3. 58. *f. Paul.*— 41. 1. 9. § 4. *f. Gai.*

XLIV. Interdum, etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit, ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodavit aut locavit, aut apud te deposuit, vendiderit tibi, aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi adquiritur proprietas; perinde ac si eo nomine tradita fuisset.

44. Talora anche senza la tradizione basta la semplice volontà del padrone a trasferire la cosa: come sarebbe se la cosa che ti fu prestata da qualcuno, o affittata, o appresso te deposta, dopo ti fosse venduta o donata. Perocchè quantunque egli non te l'avesse data in principio per cosiffatta cagione, pure perchè consente che sia tua, subito ti s'acquista la proprietà, come se per quella cagione ti fosse stata data.

Da questo principio, che per trasmettersi la proprietà da una in un'altra persona, per effetto di convenzione, è necessario che si riunisca il possesso legale dell'oggetto, e la volontà del proprietario, di trasferirne la proprietà si conchiuderà: 1.° che se voi tenete la mia cosa perchè io ve l'ho prestata, affittata, etc. voi avete di già il fatto corporale del possesso: a questo fatto si aggiugne l'intenzione da che noi conveniamo che la proprietà sia trasferita a voi; voi dunque acquisterete il possesso legale; vi è inoltre la volontà del proprietario di alienare; quindi voi acquistate la cosa. Non vi è stata tradizione corporale dell'oggetto, perchè era di già a vostra disposizione, ma vi è stato per la sola nostra volontà passaggio del possesso legale, e per conseguenza della proprietà (1);

2.° Che se nel vendervi, o donarvi la mia cosa noi conveniamo che io la riterrò in usufrutto, in affitto, in pegno, etc., io incontanente comincio a possedere per voi, voi quindi ne acquistate il possesso legale, oltre a questo vi è la volontà del proprietario di alienare; la proprietà è dunque trasferita (2). Non vi è stata tradizione corporale dell'oggetto, ma vi è stato passaggio del possesso legale;

3.° Che se voi avete di già il possesso legale della mia cosa, per esempio, perchè l'avete comprata, ricevuta in dono, in legato da una persona, che non n'era proprietaria, non vi manca che la volontà del proprietario di alienare; se questa volontà vi si aggiugne, se io consento che la cosa sia vostra, essa incontanente vi si acquista (3). Questo è un caso nota-

(1) *D. 41. 1. 9. §. 5. f. Gai.*—(2) *C. 8. 54. 28. c. Honor. et Theod.* — *D. 6. 1. 77. f. Ulp.* — (3) *D. 41. 1. 21. §. 1. f. Pomp.*

bilissimo, perchè quì non vi è stato alcun trasferimento del possesso, per la ragione che voi di già l' avevate.

In tutti questi casi la sola volontà trasferisce la proprietà, senza che la cosa sia stata effettualmente consegnata, perchè o il possesso legale di già si trovava presso l' acquirente, o la sola volontà è bastata per conferirglielo.

Gli antichi comentatori hanno usato in questo caso il nome di tradizione finta, pretendendo esser necessario supporre che vi sia stata una tradizione; per esempio che voi m' abbiate renduta la cosa ch' io vi avea prestata, o che voi possedevate, e che io alla mia volta ve l' abbia nuovamente consegnata; ovvero che io vi abbia consegnata la cosa che vi vendeva, e che voi alla vostra volta me l'abbiate di nuovo consegnata in affitto, etc. Ma queste supposizioni non avrebbero quì alcuna utilità (1); perciocchè per trasferire la proprietà non la tradizione corporale è indispensabile, ma sì bene il possesso legale; ogni volta che questo possesso legale avviene senza la tradizione, questa è al tutto inutile.

I comentatori hanno ancora pe'medesimi casi adoperata l' espressione di tradizione di *breve mano* tolta da un frammento del Digesto (2), e per contrapposto quella di tradizione di *lunga mano* tolta eziandio dal Digesto (3), ed applicabile al caso, in cui l' acquirente ha in certa guisa preso possesso della cosa per gli occhi, specie di lunga mano, per

(1) Io dico quì, perchè vi ha de'casi particolari, in cui somiglianti supposizioni avrebbero qualche utilità. Per esempio nel *mutuum*, a cagione del principio che non si può dare in *mutuum* quello, di cui non si è proprietario. E però i giureconsulti romani discutevano in questo caso sull'ammissione di cosiffatte supposizioni (*D. 12. 15. f. Ulp.*) — *17. f. 34. pr. f. Afr.* L' errore dei comentatori viene adunque dall' aver applicato all' acquisto della proprietà ciò che era speciale ad alcune circostanze particolari.—(2) *Quotiens autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendae causa, si quidem nuptiae insecutae non fuerint, liberatio non sequetur, nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est* brevi manu *acceptum a muliere, et marito datum.* (*D. 23. 3. 43. §. 1. f. Ulp.*). Questo è anche un caso in cui una cosiffatta supposizione era utile per far acquistare alla donna. — (3) *Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat. Nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur acquisita mihi, et quodammodo* manu longa *tradita existimanda est* (D. 46. 3. 79. f. Javol.).

esempio quando si è deposto innanzi a lui il sacco del danaro, quando gli si è indicato col dito il campo che gli si vuol dare. Senza contrastare le espressioni di *breve* e di *lunga mano* si dee dire che per acquistare la proprietà non vi ha che una sola tradizione, la quale consiste nel trasferimento del possesso, trasferimento che può avvenire in tutti i modi atti a porre la cosa a disposizione dell' acquirente. Questi diversi modi posson bene enunciarsi per differenti espressioni, come sarebbe, *ricevere la cosa per lunga mano;* ma da ciò non segue che vi sieno tante spezie diverse di tradizione.

XLV. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

45. Similmente se qualcuno ha venduto le sue merci ch' egli ha riposte nel suo granaio, subitochè consegnerà le chiavi del granaio al compratore, la proprietà delle merci si trasferisce al compratore.

Perchè così son messe a sua disposizione, vi ha trasferimento del possesso. Ma si dee aggiugnere che la consegna delle chiavi, perchè possa produrre quest' effetto, debb' esser fatta presso il granaio (*apud horrea*). Ciò è formalmente detto da Papiniano, (1) ed è ripetuto nella parafrasi di Teofilo. I Comentatori han chiamato questa tradizione *tradizione simbolica* supponendo che le chiavi sieno il simbolo delle merci. Siffatta supposizione, la quale non è giustificata da alcun testo, è tanto più fuor di luogo in quanto che, avendo la legislazione romana consacrato parecchi atti simbolici, come sarebbe a dire alcune formalità delle azioni della legge, le manomissioni, le cessioni *in jure*, etc., bisogna astenersi di annoverare tra questi atti quelli che mai non vi sono stati compresi. Quanto alla tradizione ricordiamoci sempre che vi ha il fatto del possesso ogni volta che la cosa si trova in qualsivoglia modo messa a disposizione dell' acquirente (Ved. quì sopra p. 99) (2).

(1) *Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint* (D. 18. 1. 74. f. Pap.) — (2) Questa teorica semplice, e conforme ai testi, che ha fatto sparire le sottigliezze introdotte circa le tradizioni è stata esposta da prima in Ale-

XLVI. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem ut ecce praetores et consules qui missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus, et tamen, quia volunt quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

46. S' aggiugne a questo che talora il padrone d' una cosa la trasferisce a persona incerta come p. e. i Pretori, ed i Consoli i quali gettano alla plebe certe cose, non sanno chi del popolo le abbia ad avere, nondimeno perchè essi vogliono che ciò che essi gettano sia di colui che lo raccoglie, subito la loro volontà ne lo rende padrone.

Quì concorrono in certa guisa la tradizione, e l'occupazione per dare la proprietà, ma tutto è fondato sulla volontà del padrone.

Della perdita del possesso, e della proprietà.

Il possesso legale componendosi del fatto, e dell' intenzione, dee cessare, se uno di questi elementi viene a mancare. In fatti un frammento del Digesto consacra questo principio: *Possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore* (1).

Il possesso legale si perde pel fatto (*corpore*, *facto*) da che la cosa cessa di essere a nostra disposizione. Per esempio pe' mobili, se la cosa ci è involata o rapita (2), se l' abbiamo perduta ignorando assolutamente il luogo dov'essa è (3); se le pietre preziose che ci appartengono sono state sommerse nel Tevere (4); se l' animale salvatico che noi tenevamo ha ripigliato la sua libertà naturale. Per gl' immobili, se alcuno violentemente è cacciato dal suo podere (*vi dejectus*) (5); se il fiume, o il mare viene ad occupare il vostro terreno (6). Ma sarebbe errore il credere che pel solo

magna dal de Savigny nel suo trattato sul possesso, e bentosto generalmente ricevuta.—(1) *D. 41 2. 44. §. 2. f. Pap.*—Ved. nondimeno nello stesso titolo il frammento 8 di Paolo, il quale dice che il possesso cessa quando si è perduto in un tempo medesimo il fatto, e l'intenzione. *Quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest; ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Opinione che trovasi ripetuta ne' medesimi termini in un altro frammento del medesimo giureconsulto (*D. 50. 17. 153.*). Questi due testi che formano manifesta antinomia non possono distruggere il principio, e le leggi che lo consacrano. — (2) *D. 41. 2. 15. f. Gai. e 5. §. 18. f. Paul.* — (3) *Ivi 25. pr. f. Pomp. e 3. §. 13. f. Paul.* — (4) *D. 41. 2. 13. f. Ulp.* — (5) *Ivi 3. §§. 8, e 9. f. Paul.* — *41. 3. 4. §. 22. f. Paul.* — (6) *Ivi §. 17.*

fatto di essere assente si cessi di possedere; il fatto di possesso legale non sta nel tenere effettualmente la cosa, ma nell'essere quella a nostra disposizione. Or l'assenza non fa punto ostacolo a questo fatto (1). Ciò ha dato luogo a quest' adagio: *Animo retinetur possessio.*

Il possesso legale si perde per l'intenzione (*animo*) da che abbiamo fermato di non voler più possedere, quantunque ancora riteniamo la cosa (2). Tal'è il caso in cui vendiamo la cosa, ritenendola in affitto, o in prestito. Il pupillo, l'uomo in demenza non avendo volontà legale non possono per loro stessi perdere il possesso in questa maniera (3).

In quanto alla proprietà, senza entrar ne' particolari di tutti gli avvenimenti, che la distruggono, ci basta dire che deve necessariamente perdersi: 1.° quando colui che l' avea diviene incapace d' esser proprietario, come quando muore, o è fatto schiavo; 2.° allorchè la cosa perisce, o esce dal patrimonio degli uomini, come avviene per gli oggetti che divengono sacri, religiosi, o per l' animale salvatico, che ripiglia la sua libertà naturale; 3.° allorchè la proprietà è trasferita ad altri, il che ci rinvia alla conoscenza de'modi ne' quali così fatto trasferimento si effettua; 4.° in fine allorchè il proprietario abbandona la sua cosa, perchè non vuole più averla. Di questo caso solamente trattano i due seguenti paragrafi.

XLVII. Qua ratione verius esse videtur si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abjecerit ut id rerum suarum esse nolit; ideoque *statim dominus esse desinit.*

47. Per la qual ragione pare eziandio esser verissimo che se alcuno, occupa una cosa lasciata in abbandono dal suo padrone, subito ne divien padrone, e s' intende esser lasciato in abbandono quel che il padrone ha gettato via con animo che quella tal cosa non sia più nel nu-

(1) *Ivi* § *11.*—Di più noi vediamo Papiniano, ed i giureconsulti che l'han seguito decidere, che se durante la vostra assenza alcuno s'impadronisce del vostro fondo, voi non ne perdete il possesso fino a tanto che l' ignorate, ma solamente quando i vostri dritti, sapendolo voi, son contrastati, o sconosciuti (*Ivi 46. f. Papini.; 3.* §§ *7,* e *8. f. Paul.* (*6. f. Ulp.; 25.* § *2. f. Pomp.*) — (2) *Ivi 3.* § *6. f. Paul.* La conchiusione di questo paragrafo è la seguente: *Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.* — (3) *Ivi 29. f. Paul.* e *27. f. Procul.*

mero delle sue cose, e perciò subito cessa di esserne più padrone.

Statim dominus esse desinit. Perchè perde all' istante e il possesso legale, e l' intenzione di proprietà, Sappiamo da un frammento di Paolo nel Digesto che secondo Procolo la proprietà della cosa abbandonata non dovrebbe perdersi che quando un altro se ne fosse impadronito, ma quest' avviso non era seguito, e con ragione: fino a tanto che la cosa abbandonata non è presa da niuno, essa è *res nullius*; dal momento che alcuno se ne impossessa, a lui si acquista (1).

XLVIII. Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa ejiciuntur: haec enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his quae de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

48. Ma altro è da dire di quelle cose che in caso di tempesta si gettano in mare per cagione d' alleggerir la nave, perciocchè esse son de'padroni, perchè egli è chiaro che non son gettate via con animo di non le volere, ma acciocchè si possa fuggire il pericolo del mare, e salvare la nave; laonde se qualcuno torrà le cose portate dal flusso del mare, o andrà nel mare per torle con intenzione di appropriarsele, commette furto, e non è molta differenza tra queste cose, e quelle altre, che non vedendole i padroni, cadono della carretta che corre.

Da questo paragrafo dobbiam conchiudere che l'abbandono della cosa non fa perdere la proprietà, se non quando è fatto con intenzione di non esserne più proprietario. Gli esempi citati nel testo contengono l' applicazione di siffatto principio. Una legge nel Digesto sullo getto fatto in mare sembra contraria al nostro paragrafo (2); ma leggendola attentamente si vede che tutto si riduce ad una quistione d' intenzione. Intorno a ciò non vi è alcun dubbio.

Delle azioni relative al possesso ed alla proprietà.

Non è ancora tempo di entrar quì ne'particolari di tutte le azioni relative al possesso, ed alla proprietà, ma alcune idee generali sono indispensabili.

(1) *D. 41. 7. 5. f. Paul.* — (2) *D. 47. 2. 45. §. 11. f. Ulp.*

Il possesso ed il quasi possesso erano spezialmente protetti da ciò che chiamavano interdetti (*interdicta*). Noi abbiamo spiegato nella nostra *General. del dritto rom.* n.° 98 p. 159 la natura particolare di questa istituzione. Sappiamo che gl'interdetti si usavano nelle contestazioni urgenti, che avrebber potuto cagionare delle vie di fatto tra le parti; di questo numero eran quelle sul possesso, e sul quasi possesso (1). In quanto a questa materia si dividevano in quattro classi 1.° interdetti per acquistare il possesso che non si aveva ancora (*adipiscendae possessionis causa*); 2.° per conservare il possesso che uno aveva, e che gli veniva contrastato da un altro (*retinendae possessionis*); 3.° per farsi restituire il possesso stato tolto da alcuno (*recuperandae possessionis*, 4.° ed in fine interdetti doppi tanto per acquistare, che per ricuperare il possesso (2). Quando il procedimento per formola fu abolito, gl'interdetti si trovarono trasformati in azioni, che aveano per iscopo di ottenere dalla sentenza del giudice ciò che prima si otteneva dall'interdetto del pretore. Tale è la legislazione sotto Giustiniano (Inst. 4. 14 *princ.*).

La proprietà era protetta principalmente dalle azioni reali (*actiones in rem*), nelle quali l'attore non chiede l'esecuzione di un' obbligazione che lega a sè personalmente il suo avversario, ma sostiene che una cosa corporale, o incorporale, cioè fisica, o anche semplicemente giuridica, come un dritto di servitù, uno stato, un dritto di famiglia, gli appartiene (3).

Le Instituzioni danno a queste azioni il nome generico di vendicazioni (*vindicationes*) (4). Vi erano parecchie spezie di azioni reali derivanti o dal dritto civile, o dal dritto pretorio. Noi farem notare segnatamente la rivendicazione propriamente detta (*rei vindicatio*), per la quale un proprietario segue la sua cosa nelle mani di qualunque possessore a fine d'esserne dichiarato proprietario, e di ottenerne la restituzione (5). La parola vendicazione in quest'ultimo caso è presa nella sua propria significazione, e non nel senso generico che talora se le attribuisce.

(1) *Theoph. Inst.* 4. 14. — (2) *Gai* 4 143. *e seg.* — (3) *Inst.* 4. 6. §. 1. — (4) *Ivi* §. 15. — (5) *D.* 6. 1. *De rei vindicatione.*

TITULUS II.

DE REBUS CORPORALIBUS, ET INCORPORALIBUS.

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.

I. Corporales hae sunt quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum; et denique aliae res innumerabiles.

II. Incorporales autem sunt quae tangi non possunt qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus, obligationes quoquomodo contractae. Nec ad rem pertinet quod in hereditate *res corporales continentur*, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipium jus obligationis incorporale est.

TITOLO II.

DELLE COSE CORPORALI, ED INCORPORALI.

Oltre a questo alcune cose son corporali, ed alcune incorporali.

1. Le corporali son quelle che per lor natura possono esser toccate, come un fondo, un uomo, una veste, l'oro, l'argento, e brevemente molte altre cose infinite.

2. Le cose incorporali son quelle, che non possono esser toccate come son quelle che consistono in un dritto, cioè l'eredità, l'usufrutto, l'uso, le obbligazioni in qualunque modo contratte. Nè per questo importa se le cose corporali si contengano nell'eredità, perciocchè anco i frutti che si colgono dal fondo son corporali, e quello che per qualche obbligazione ci è dovuto è più volte cosa corporale, come il fondo, l'uomo, il danaro, ma esso dritto dell'eredità, esso dritto di usare e fruir, ed esso dritto dell'obbligazione è incorporale.

Abbiamo di già nella nostra *General. del dritto rom* (n. 35, e 37 p. 64, e 67. e quì sop. p. 13) sufficientemente esposto la divisione delle cose in corporali, ed incorporali cioè di pura creazione giuridica, basterà di riportarsi a ciò che quivi ne abbiam detto.

Res corporales continentur. Non vi è niuna cosa incorporale, niun dritto, che in definitivo non cada su di un oggetto corporale. Così il dritto di usufrutto cade sul fondo, sullo schiavo, sul gregge, da cui si ritraggono i frutti, il dritto di credito, il dritto d'azione, sulla cosa che ci è dovuta, che reclamiamo in giudizio, similmente il dritto d'eredità sui beni che il defunto aveva. Egli è vero che spesse volte qualcuno ha un dritto incorporale sopra un dritto incorporale, per esempio un dritto di legato sopra un credito, un dritto d'azione sopra un usufrutto, ma sempre in ultim'analisi si giunge ad una cosa corporale, che è l'oggetto dell'ultimo dritto. Noi quí richiameremo alla mente ciò che abbiam det-

to quì sop. p. 46. che le cose incorporali non sono suscettive d'esser possedute, ma che per parecchie di esse si è ammesso un quasi possesso (*quasi possessio*), il quale consiste in due elementi, il fatto di avere in sua balìa l'esercizio del dritto, e l'intenzione di esercitar questo dritto da padrone; dal che segue ch'esse non son capaci di *tradizione*, ma che vi è per esse in taluni casi una spezie di tradizione, la quale consiste nel dare e soffrire l'esercizio del dritto, e che generalmente si chiama *quasi tradizione*. (Ved. quì sop. p. 100.).

Quanto ai modi di acquistare i varî dritti, essi sono svariatissimi, e noi li esamineremo studiando ciascuno di questi dritti. Talvolta semplici fatti senza concorso di volontà, o anche senz'alcuna volontà dell'uomo, come un delitto, un danno; talvolta la sola convenzione, come nel caso di vendita, di affitto, bastano per creare de'dritti. Ma le cose incorporali, che sono smembramenti della proprietà, possono acquistarsi per la semplice convenzione, o si richiede necessariamente per esse, ad esempio delle cose corporali, che intervenga eziandio una quasi tradizione? Tratteremo quest'importante quistione quando esamineremo cosiffatti dritti.

III. Eodem numero sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.

3. E nel medesimo numero si mettono i dritti de'poderi rustici, ed urbani, i quali dritti si chiamano eziandio servitù.

Noi abbiam veduto che molti fra i dritti, i quali compongono il dominio possono separarsi l'uno dall'altro, ed appartenere, anche per frazioni a diverse persone, tra le quali si reputa sempre *proprietario* colui che conserva l'elemento essenziale del dominio, cioè il dritto di disporre (quì sop. p. 42). Di quì derivano le servitù, che si chiamano *jura*, perchè consistono in certi dritti dati sulla cosa d'altrui, e *servitutes*, perchè questi dritti formano una spezie di soggezione per la cosa sottoposta alla servitù.

Questi diversi smembramenti del dominio possono esser fatti o pel vantaggio speciale d'una persona, alla quale sola appartiene il dritto che si è staccato dalla proprietà, come quando io do ad alcuno la facoltà di raccogliere i frutti del mio campo; o per crescere l'utilità, o il piacere che si ritrae

dalla proprietà d'una cosa, alla quale il dritto è in certa guisa legato come una qualità, per modo che esso passa insieme con la cosa alla disposizione di qualsivoglia possessore, come quando in favore del campo vicino vi do un dritto di passaggio sul mio fondo. Queste ultime servitù non possono aver luogo che tra gl' immobili, essendo indispensabili per la loro esistenza l' immobilità, e la relazione di vicinanza, o di situazione. Le prime servitù si chiamano personali (*personarum; personales*) (1); le seconde reali o prediali (*rerum*, *praediorum*): « *servitutes aut personarum sunt .... aut rerum* » (2). Molti principi son comuni alle servitù tanto prediali, che personali.

Così tutte le servitù come di già abbiamo esposto nella nostra *General. del dr. rom.* sono nel numero di que' dritti, che si son chiamati *dritti reali*, perciocchè tutti sono frammenti della proprietà. Questi sono de'dritti i quali, come quello della stessa proprietà, ci appartengono per proprio conto fatta astrazione da qualsivoglia persona, e da qualsivoglia obbligazione individuale.

Egli è impossibile che un proprietario abbia una qualunque servitù sulla sua propria cosa; perciocchè s'egli ha i dritti di proprietà riuniti, è impossibile che n' abbia dei frammenti separati. Di quì è venuto l' adagio: *Nulli res sua servit* (3). E però in ogni servitù si trovano in concorrenza sulla cosa il proprietario, e quegli che gode della servitù. Ciascuno di loro può esercitare i dritti che gli appartengono rispettando quelli dell' altro.

Niuna servitù può astringere il proprietario della cosa a fare; perciocchè esse non sono che smembramenti del dritto di proprietà, e perderebbero questa natura, se divenissero obbligazioni. Ma esse impongono al proprietario il carico di soffrire, o di non fare. « *Servitutum non ea est natura ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, vel non faciat* » (4).

(1) *Dig.* 34. 3. 8. § 3. *f. Pomp.*— (2) *Dig.* 8. 1. 1. *f. Marc.*— (3) *Dig.* 8. 2. 26. *f. Paul.*— 8. 4. 10. *f. Ulp.*—(4) *D.* 8. 1. 15. § 1. *f. Pomp.*— Alcuni autori danno per le servitù in generale questa definizione che per altro non si trova ne' testi, e che non è scevra di inesattezze: « Un dritto stabilito sulla cosa d' altrui pel vantaggio d' una persona, o d' un altr cosa, per la quale il proprietario è obbligato di soffrire, o non fare ».

È principio generale, e ben ragionevole che non si possa stabilir servitù sopra una servitù, « *servitus servitutis esse non potest* ; » perciocchè le servitù sono delle frazioni immediatamente staccate dal dritto di proprietà: or colui che ha questo smembramento della proprietà non potrebbe gravarlo alla sua volta, senza alterare i dritti del proprietario. Nondimeno le convenzioni, o legati di tal fatta potrebbero far nascere delle obbligazioni, le quali quantunque non fossero servitù, non resterebbero però senza esecuzione (1).

In fine di già sappiamo che le servitù essendo incorporali non possono esser possedute, ma che per la più parte di esse la giurisprudenza romana avea ammesso un *quasi possesso* risultante dall'esercizio del dritto unito all'intenzione di esercitarlo come padrone di esso dritto (qui sop. p. 100). Le servitù che son suscettive di così fatto quasi possesso son quelle che consistono in soffrire. Quanto a quelle che consistono in astenersi, in non fare, cioè in una pura negazione, queste non ammetton l'idea nè di possesso, nè di quasi possesso.

Le nozioni storiche, che abbiamo sulle servitù son poco estese. Non ci è pervenuto alcun frammento delle dodici Tavole, che abbia la menoma relazione con le servitù personali; alcuni scrittori pensano che la medesima cosa sia pure per le servitù prediali, talchè essi riguardano come dubbia la esistenza, in quell'età, di questa spezie di dritti. Non però di meno la natura delle cose, ed alcuni passi di antichi autori rendono probabile questa esistenza, almeno per le servitù prediali (2). Checchè sia di ciò, questa materia era interamente svolta al tempo di Cicerone, e noi spiegheremo per le diverse spezie di servitù le modificazioni successive che furono introdotte nella legislazione.

TITULUS III.	TITOLO III.
DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM	DELLE SERVITU' PREDIALI.

Il testo qui tratta delle servitù reali. Esse si chiamano prediali, *servitutes praediorum*, perchè si applicano solamente

(1) *D. 33. 2. 1. f. Paul.—8. 33. § 1. f. African.*—(2) Un frammento di Gaio (D. 8. 3. 8,) dice che la largbezza della via era fissata dalla legge delle Dodici Tavole ; Varrone dice lo stesso (*De lingua* 6. 2) ma si trat-

agl'immobili. Per quest'immobili esse formano una certa maniera di essere; e sono in certa guisa delle qualità particolari che li sieguono nelle diverse mani in cui passano (1).

Queste spezie di servitù possono consistere o in soffrire, o in non fare. Avvertite che lo smembramento, che le costituisce, può cader sull'uno, o sull'altro degli elementi che compongono il dritto di proprietà; sul dritto di usare della cosa (sul *jus utendi*) come nella servitù di passaggio; sul dritto di prendere i frutti (sul *jus fruendi*); sul dritto di prendere de'prodotti che non sono frutti, o anche talune parti della cosa, come nella servitù di cavar sabbia, pietre, argilla, calce; da ultimo sul dritto di disporre della cosa (incompiutamente dinotato dall'espressione di *jus abutendi*), principalmente inceppando, o paralizzando più o meno questo dritto nelle mani del proprietario, come nella servitù di non piantare, non edificare, non elevare al di là di un limite determinato. Quest'ultima alterazione del dominio è la fonte principale delle servitù negative, cioè di quelle che consistono in non fare. Del resto qualunque servitù toglie necessariamente al proprietario il dritto, di consumare, di distruggere, o di modificare la sua cosa in un modo nocivo alla servitù, e però essa altera sempre il *jus abutendi*. In somma il dominio dà su di una cosa un pieno potere (*plenam in re potestatem*): la servitù può essere una frazione, uno smembramento, un'alterazione di una parte qualunque di questo potere.

Le servitù prediali son riguardate come indivisibili. Così non possono essere acquistate, esercitate, rivendicate, o perdute solamente in parte; se più persone son proprietarie del fondo, al quale la servitù è dovuta, ciascuna di esse ha il dritto di servirsene per intero (2). Questa indivisibilità non impedisce che il dritto non possa esser limitato nel suo uso o quanto al tempo o quanto al luogo, o quanto al modo (3); ed anche quando i fondi son divisi in diverse re-

tava della via pubblica, o della privata? Ved. Cicer. *Pro Caecina 19* e *26*. — Festo alla parola *Amsegetes* — (1) *Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? (D. 50. 16. 86. f. Cels.)* — (2) *D. 8. 1. 11. f. Modest., 17. f. Pomp. — 8. 5. 4. §§. 5, e 4. f. Ulp. — 8. 4. 6. § 1.* — (3) *Dig. 8. 1. 4. §§ 1. e 2. f. Papin, e 5. § 1. f. Gai. — Dig. 10. 3. 19. § 4. f. Paul.*

gioni, le servitù possono essere acquistate, o estinte separatamente per una, o più di queste regioni (1).

Esse si dividono in servitù di fondi rurali, o rustiche, e servitù di fondi urbani.

Egli è difficile, ed importantissimo di ben determinare in che consiste questa distinzione che è la sola la quale le leggi romane han fatta tra le servitù reali. E da prima bisogna fermare ciò che s' intende per fondo rustico, e fondo urbano. Quando non si tratta di altro che di conoscere la natura di esso immobile, non vi ha dubbio che chiamansi proprietà rustiche non solamente i campi, ma ancora gli edifizi che vi son fabbricati per la loro coltivazione; come chiamansi proprietà urbane non solamente gli edifizi della città, ma ancora le corti, ed i giardini che ne sono l' accessorio. Questa regola è positivamente espressa ne' testi (2); e dee ricevere la sua applicazione in tutte le quistioni di dritto, che dipendono dalla natura dell'immobile in se stesso, come quando si tratta de' privilegi conceduti al proprietario per garentia degli affitti, privilegi che variano secondo che si tratta di fondi urbani, o di fondi rustici (3). Ma è ben altrimente quando si tratta di valutare la natura delle servitù; allora in tutti i luoghi si dee distinguere il suolo dalla superficie, cioè il terreno dagli edifizi, e generalmente da tutto ciò che può elevarvisi al di sopra. Così il carattere delle servitù urbane ha relazione alla superficie, cioè a tutto ciò che si è fabbricato, o edificato al di sopra del suolo, in qualunque parte si trovi, in città, o in campagna; il carattere poi delle servitù rustiche ha relazione al suolo. Anche questa regola è positivamente scritta ne' testi (4). Per non averla ben conosciuta parecchi interpetri son caduti in gravi errori.

Ciò posto, si può dire, come fanno alcuni autori, che il fondo dominante cioè quello pel quale esiste la servitù

(1) *Dig, 8. 5. 28. § 5. f. Paul. e 25. f. Pomp.—8. 6. 6. § 1. f. Cels.*— Esse possono anche in certi casi ritenersi in parte. *Dig. 8. 1. 8. § 1. f. Paul.*—(3) *D. 50. 16. 198. f. Ulp. e 211 f. Florent.*—(2) *D. 20. 2. 4. e 7. § 1.— 27. 9. 1.* — (4) *Caeterum etsi in villa aedificia sint, aeque servitutes urbanorum praediorum constitui possunt. (D. 8. 4. 1. f. Ulp.).*

debba dare a questa servitù la sua qualità rustica, o urbana? No; perciocchè noi vediamo che il dritto di passaggio su di una prateria per andare ad una casa vicina, è una servitù di fondo rustico (1). Si può forse conchiudere da ciò che il fondo serviente le dia la sua qualità? Neppure; perciocchè noi vediamo eziandio che il dritto di fare scorrer le grondaie d' una casa sul campo vicino è una servitù di fondo urbano.

Come si dee dunque determinare se la servitù sia urbana, o rustica? Per la servitù medesima, per la natura che le è propria, la qual natura è invariabile, e non dipende (come sarebbe forza decidere ammettendo le precedenti interpetrazioni) dalla circostanza che i proprietari imprendano a edificare, o a demolire sull' uno, o sull'altro dei fondi. La soluzione più chiara che possa desiderarsi della quistione ci è data da questo frammento di Paolo inserito nel Digesto: « *Servitutes praediorum aliae in solo, aliae, in superficie consistunt* » (2). Vale a dire che vi sono delle servitù le quali prendono la loro esistenza, il loro elemento essenziale e costitutivo, la loro consistenza, per usare l'espressione romana, nell' idea di suolo (*in solo consistunt*), indipendentemente da qualsivoglia fabbrica, piantagione, edifizio, o soprapponimento qualunque, cose accessorie che possono incontrarsi, o no sui fondi, senza cambiare la natura di queste servitù: tali sono quelle di passaggio, di pascolo, etc. Ve ne ha per contrario delle altre, che prendono il loro elemento essenziale e costitutivo, la loro consistenza, nell' idea di superficie, cioè d'un soprapponimento qualunque sul suolo, idea indispensabile perchè esse esistano (*in superficie consistunt*):

(1) Un somigliante errore ha portato nel nostro codice civile l'articolo 687 (*a*) con la sua distinzione di servitù urbane, e rustiche la quale, come ivi è stata intesa, è rimasta senza alcuna spezie di possibile utilità, mentre ne avea tanta nel dritto romano.—(2) *D. 8. 1. 3. f. Paul.* Ved. intorno a ciò Vinnio nel suo Comentario delle Instituzioni al § 1. che or ora seguirà; quest' autore vi stabilisce ragionevolmente, che la stessa servitù non può cangiar di natura, secondo che si edifica, o no sul fondo dominante, e che in conseguenza bisogna intendere per servitù rustiche quelle che consistono *in solo*, e per servitù urbane quelle che consistono *in superficie*.

(*a*) Leggi civili artic. 608.

tali son quelle di lume, di veduta, di gronda, etc. Le prime son servitù rustiche, le seconde urbane. Notate che queste ultime possono esistere anche senza che vi abbia alcuna fabbrica nè sull'uno, nè sull'altro fondo, per esempio nella servitù in favore del mio campo, che voi non fabbricherete sul vostro, non vi è affatto edifizio; ma l'idea negativa di edifizio, di superficie forma l'elemento costitutivo, la consistenza della servitù (1).

Qual'è in dritto l'utilità di cosiffatta distinzione tra le servitù? Questa utilità viene eziandio dalla loro natura. Le servitù urbane, o che consistono in superficie offrono per loro medesima natura un carattere di continuità, che la più parte delle servitù rustiche, le quali consistono nel suolo, non hanno; così la mia trave che si appoggia sul vostro muro, la mia gronda che pende sul vostro terreno, la mia finestra che riesce nella vostra corte, son sempre là, mentrechè le servitù di passaggio, di attingere, di pascolare han bisogno del fatto dell'uomo, e per conseguenza si esercitano per intervalli discontinui: « *Servitutes praediorum rusticorum...tales sunt ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* » Di qui provengono le differenze legali, della più grave importanza tra il quasi possesso di queste servitù, e la maniera di perderle pel non uso (2).

Un altra differenza anche importante era altresì nell'antico dritto: le servitù rustiche benchè cose incorporali, per un'eccezione particolare erano state poste tra le cose *mancipi*, ed in conseguenza potevano essere acquistate per la mancipazione, mentre le servitù urbane erano cose *nec mancipi*, e non suscettive di mancipazione (t. 1. p. 75, e qui sop. p. 14) (3). Ma questo è totalmente abolito sotto Giustiniano.

(1) Così il dritto di condurre l'acqua sul suolo sarebbe rustica, ma sopra un edifizio, sarebbe urbana. Così viene eziandio deciso dalla legge (*D. 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.*) La lettura della legge 20. Dig. lib. 8. tit. 2 finirà di dimostrare che le espressioni *servitutes quae in superficie consistunt*, e *servitutes praediorum urbanorum* son sinonime.— (2) *Dig. 8. 1. 14. pr. f. Ulp. — 8. 2. 6. f. Gai. — 8. 2. 20. pr. f. Paul.* : « *Servitutes quae in superficie consistunt, possessione retinentur.* — (3) *Ulp. Reg. 19. 1. — Gai. 2. 17.*

I Romani non avean fatto le distinzioni assai più ragionevoli, e più utili, che si trovano nella nostra legislazione moderna tra le servitù *apparenti*, *e non apparenti*, *continue*, *e discontinue*. Nondimeno da ciò che ora abbiam detto si vede che la divisione in servitù *urbane*, e *rustiche* si riferiva presso a poco a quella delle servitù *continue*, e *discontinue*, quantunque ciò non fosse formalmente espresso.

Rusticorum praediorum jura sunt haec : *iter, actus, via*, aquaeductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum: itaque qui habet iter actum non habet, qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi, et agendi, et ambulandi, nam et iter, et actum in se continet via. Aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum,

Le servitù de' poderi rusticani son queste: il passaggio, la condotta, la via, l' acquedotto. Il passaggio è il dritto dell' uomo di andare, e passeggiar, ma non di menar giumento, o carretta. La condotta è il dritto di menar giumento o carretta; laonde chi ha il passaggio non ha la condotta, ma chi ha la condotta ha il passaggio, perciocchè egli ne può anco usare senza giumento. La via è il dritto dell' uomo d' andare, condurre, e passeggiare, perciocchè la via contiene in se il passaggio, e la condotta. L' acquedotto è il dritto di condurre l' acqua per l' altrui fondo.

Iter, actus, via. Si dee ben determinare la differenza tra queste tre servitù.

Nell' *iter* lo scopo essenziale è di passare (*eundi gratia*); per altro ciò si può fare a piedi, in lettiga, o a cavallo (1).

Nell' *actus* lo scopo essenziale è di condurre (*agendi gratia*). Secondo la legge vi è compreso il dritto di passare. Ma fuori di questo non compete alcun altro dritto. Così alcuno non si potrebbe trar dietro delle pietre, o delle travi, nè portare delle picche alzate (*hastam rectam*), perciocchè atti di tal natura non sarebbero fatti nello scopo nè di passare, nè di condurre (2) (*neque eundi neque agendi gratia*).

Il dritto di condurre si estende secondo la legge tanto al bestiame, quanto alle vetture, ma si potrebbe convenire per esempio che non vi dovesser passare le vetture (3). Similmente l' *actus* legale comprende sempre l' *iter*, ma si po-

(1) *Iter est qua quis pedes, vel eques commeare potest* (*Dig*. 8. 3. 12. f. *Modest*.) — (2) *D*. 8. 3. 7. f. *Ulp*. — (3) *D*. 8.1.13. f. *Pomp*.

trebbe convenire che non sia permesso di passare se non per condurre (1).

Nella *via* lo scopo essenziale è di passare, di condurre, e di usare del cammino per tutti gli usi propri, senza far danno nè alle piante, nè ai frutti (2). Se manca uno di questi dritti, non si ha più il *jus viae*, ma un' altra servitù.

La larghezza della via è fissata dalla legge; essa è di otto piedi, e nelle girate di sedici (3). Si può convenire d'una larghezza più o meno grande, purchè basti all' esercizio di tutt' i dritti, che formano l' essenza della via (4). Ma se il cammino abbastanza largo pel passaggio del bestiame fosse troppo stretto per quello delle vetture, non si avrebbe dritto di via, ma sì bene di *actus*.

La larghezza pel passaggio o per la condotta non è fissata dalla legge. Le parti debbono determinarla nel titolo, altrimente sarà regolata da un arbitro (5). Se sotto il nome di *via*, o di *actus* si fosse stabilito un cammino così stretto che non potesse servire nè al bestiame, nè alle vetture, questo sarebbe *iter* e non *actus* (6).

(1) « *Qui...actum sine itinere habet, actione de servitute utetur* ». (*D. 8. 5. 4. § 1. f. Ulp.*) — Nondimeno a quest'ultima proposizione potrebbesi opporre il seguente frammento: « *Numquam actus sine itinere esse potest* » (*D. 34. 4. 1. f. Paul.*). E forse sì potrebbe conchiudere che secondo taluni giureconsulti nell' *actus* il dritto di passare, e quello di condurre doveano essenzialmente esser riuniti. Talchè se stipulavasi soltanto il dritto di condurre, si stabiliva veramente una servitù; ma particolare, che non era l' *actus* della legge — (2). La legge seguente riunisce le spiegazioni essenziali, che noi ora abbiam date: « *Qui sella, aut lectica vehitur, ire non agere dicitur... Qui actum habet et plaustrum ducere, et jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem, aut tignum neutri eorum jus est. Quidam nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret. Qui viam habent eundi, agendique jus habent plerique, et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedant* » (D. 8. 3. 7. f. Ulp.) — (3) « *Viae latitudo ex lege Duodecim Tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum id est ubi flexum est, sedecim* » (D. 8. 3. 8. f. Gai.) Questa larghezza spesso è chiamata *legitima*. Nondimeno gli autori che non ammettono le servitù al tempo delle Dodici Tavole, mettono in dubbio che in queste Tavole la disposizione, della quale parla Gaio, fosse relativa ai dritti di via de' particolari — (4) *Dig. 8.3. 23. f. Paul.* — (5) *Dig. 8. 3. 13. § 2. f. Jav.* — (6) « Si tam angusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit, » ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire possit, iter magis quam » via, vel actus acquisitus videbitur. Sed si jumentum ea duci poterit, » non etiam vehiculum, actus videbitur acquisitus. » (*D. 8. 1. 13. f. Pomp.*)

La servitù *navigandi*, che da il dritto di traversare il lago, lo stagno, o le acque altrui, per andare al proprio fondo è anch'essa una servitù rustica, che ha qualche analogia, nel suo scopo, con le precedenti (1).

1. Praediorum urbanorum servitutes sunt hae quae aedificiis inhaerent; ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Item urbanorum praediorum servitutes sunt hae: ut vicinus *onera vicini sustineat*; ut in parietem ejus liceat vicino *tignum immittere*; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel cloacam, vel *non recipiat*; et *ne altius tollat* aedes suas, ne luminibus vicini officiat.

1. Le servitù de' poderi urbani son quelle che sono inerenti agli edifizi, e però son dette de' poderi urbani, perciocchè noi chiamiamo tutti gli edifizi poderi urbani, benché siano edificati in villa. Inoltre le servitù de' poderi urbani son queste. Che il vicino sostenga il peso dell'altro vicino, che sia lecito all'un vicino appoggiar le travamenta al muro dell' altro vicino, ch' egli riceva nelle sue case o nella corte, o nella cloaca l'acqua delle gronde, o de' canali, ovvero che non la riceva, che alcuno non alzi tanto le sue case che noccia al lume delle altrui finestre.

Tutte le servitù, che il testo enumera, prendono la loro esistenza nell' idea indispensabile di edifizio, di fabbrica, o soprapponimento qualunque sul suolo, e per conseguenza *in superficie consistunt*. Si può notare che tutte son continue.

Onera vicini sustineat. Questa servitù consiste in ciò che la colonna, o il muro del vicino (*columna, vel paries*) sostiene il peso dell'edifizio dominante. Essa ha questo di notabile, che il proprietario della colonna o del muro di sostegno è tenuto alle riparazioni, il che è contrario alla regola che le servitù mai non consistono nel fare. Questa eccezione pare esser venuta, come si può vedere da un frammento di Paolo, dall' uso che si avea nello stabilir la servitù *oneris ferendi*, di aggiugnere questa legge: *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.* (il muro di sostegno resti sempre nello stato in cui è adesso), il che non poteva significar altro, aggiunge il giureconsulto, se non che il muro dovea esser mantenuto nel suo stato attuale (2). Nondimeno su di ciò vi era stata molta controversia. Gallo non credeva esser lecito inserire una clausola che producesse quest'effetto.

(1) *Dig.* 8. 3. 23. § 1. *f. Paul.* — (2) *D.* 8. 2. 33. *f. Paul.*

Ma l' avviso di Servio nella spezie particolare della servitù *oneris ferendi* era prevaluto. Del rimanente, come avvertiva Labeone, il carico delle riparazioni gravava la cosa, e non la persona, e però il proprietario poteva liberarsene abbandonando il fondo serviente (1).

Tignum immittere. Questa servitù differisce dalla precedente in ciò che non dà il dritto di costringere alle riparazioni il vicino, il quale è solamente tenuto di sostenere il peso (2).

Vel non recipiat. S' intende per *stillicidium* l' acqua che naturalmente scorre da un tetto, per *flumen* quella che è raccolta, e versata per un canale. Si distingue la servitù *stillicidii recipiendi*, e quella *stillicidii non recipiendi.* La prima è facile a comprendere, la seconda ha dato luogo a parecchie interpretazioni. La più generalmente ricevuta consiste nel dire che vi sarebbe servitù *stillicidii non recipiendi* ne' luoghi in cui essendo per gli statuti locali stabilita, come dritto comune, l' obbligazione di ricevere l'acqua che scorre da' tetti superiori, si acquistasse dal vicino il dritto di non riceverla. Del resto pare che questa servitù, qualunque essa fosse, non era molto in uso; perciocchè non se ne parla che in questo solo passo delle Instituzioni, quantunque molti frammenti del Digesto sieno relativi alla servitù *stillicidii recipiendi* (3).

Ne altius tollat. Anche qui si distingue la servitù *altius non tollendi*, e quella *altius tollendi.* Quest'ultima, della quale si parla in alcuni frammenti del Digesto, e nell' ultimo libro delle Instituzioni (4), ha del pari che la servitù *stillicidii non recipiendi* dato luogo a parecchie interpetrazioni, delle quali la più generalmente adottata si fonda sulla differenza degli statuti locali. In fatti ciascuno per regola generale

(1) *D. 8. 5. 6. §. 2.* — (2) *D. 8.5.8. § 2. f. Ulp.* — (3) Ecco la spiegazione di Teofilo (hoc §) «O tu avevi sul mio fondo un somigliante dritto, ed io ti ho obbligato a non più versare sulla mia casa, o sul mio terreno l'acqua del tuo tetto, o delle tue gronde.» — In fine alcuni autori intendono per la servitù *stillicidii non recipiendi* il dritto, pel quale volendo profittare dell'acqua piovana, io obbligassi il vicino a non ritener quella del suo tetto, ma a rimettermela — (4) *D. 8. 2. 2. f. Gai.* — *Inst. Justin. 4. 6. § 2.*

può elevare il suo edifizio tanto in alto, quanto a lui piace, quando anche il vicino ne dovesse soffrire; questo principio è espresso ne'testi (1); non pertanto qualche legge speciale, qualche statuto locale potrebbe nell' interesse de' vicini prescrivere un limite all' altezza delle fabbriche: per oltrepassare questo limite bisognerebbe acquistare da' vicini la servitù *altius tollendi* (2).

Del resto la proibizione d'innalzare (*altius non tollendi*) potrebbe applicarsi non solamente ad un edifizio, ma ad ogni fabbrica, o soprapponimento qualunque sul suolo: ed anche in questo caso sarebbe sempre una servitù urbana.

Ne luminibus officiat. A riguardo del lume due servitù possono aver luogo. *Jus luminum, et ne luminibus officiatur.* La servitù *luminum* ha luogo, secondo alcuni comentatori, quando noi costringiamo il vicino a lasciarci aprire delle finestre nel suo muro, o nel muro comune; secondo altri essa esiste ogni volta che il vicino è obbligato di soffrire le nostre finestre o che siano aperte nel suo muro, o nel nostro. La servitù *ne luminibus officiatur* impedisce che il vicino faccia alcuna cosa che noccia al lume delle nostre finestre: cosicchè l' una è più estesa dell' altra: nella servitù *luminum* basta che il vicino lasci sussistere le nostre finestre; nella servitu *ne luminibus officialur*, non può nuocere al lume nè

(1) *D.8.2.9.f Ulp.—Cod.3.54. const.8. e 9. Diocl. e Massim.*—(2) Egli è certo che parecchie costituzioni sono state pubblicate dagli imperadori sul modo di costruzione, e sull' altezza degli edifizi. Gli storici, ed i giureconsulti ne fanno testimonianza. Strabon. (cap. V.) e Suetonio) *In Augusto* § 89.) lo attestano di Augusto; Tacito (Annal. lib. 15 § 43) di Nerone; un frammento d' Ulpiano (*Dig. 39. 1. 1. § 17.*) ci parla di costituzioni imperiali su questo soggetto; in fine il Codice ci offre de' Rescritti di Severo, ed Antonino (*Cod. 8. 10. §.*), e di Zenone (*Ivi22. § fi 1. e 2.*). Senza dubbio le regole di quelli statuti che aveano per iscopo la sicurezza pubblica non potevano esser trasgredite in forza di private convenzioni; ma non dovea esser lo stesso per quelle che aveano per iscopo la utilità de' vicini. Alcuni comentatori fanno consistere la servitù *altius tollendi* nel dritto di costringere il vicino ad elevare più alto, sia per garentirci dal vento, sia per qualsivoglia altra utilità; taluni altri nel dritto d' innalzare delle fabbriche superiori sulla casa del vicino. Ma la prima spiegazione contraria alla natura delle servitù è smentita dalla legge *15.* §. (*Dig. 8. 1.*); la seconda più ingegnosa è egualmente smentita dalla legge *1. Dig. 8.*, e dal §. 2 Instituzioni *lib. 4. tit. 6.*

per piantagioni, nè per fabbriche, nè per altre opere qualunque che egli faccia (1).

Noi ci passeremo di parecchie altre servitù urbane, di cui le Instituzioni non fanno parola: *Jus prospectus*; *ne prospectui officiatur*; *projiciendi*; *protegendi*; *fumi immittendi*, etc.

II. In rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

2. Sono alcuni, che a ragione pensano che tra le servitù de' poderi urbani si possa computare il trar l'acqua dal fondo altrui, abbeverare, e pascere il bestiame, cuocere la calcina, e cavar l'arena.

III. Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

3. E queste cosiffatte servitù son chiamate de'poderi, perchè non possono stare senza poderi. Infatti niuno può acquistare servitù di fondo o urbano o rustico, se non chi ha un podere.

Dopo aver parlato della natura delle servitù prediali, e delle loro differenti spezie ora passiamo a ciò che è indispensabile alla loro esistenza.

Si richiedono necessariamente due fondi, l'uno sul quale, l'altro a favore del quale sia stabilita la servitù. Ma è necessario che questi fondi sieno vicini? Generalmente sì. La qual cosa si ha tuttavia da intendere di una vicinanza sufficiente, perchè si possa esercitare la servitù. Così le servitù *immittendi*, *protegendi*, etc. richiedono che i due fondi sieno contigui, ma non è lo stesso delle servitù *itineris*, *aquaeductus*, *altius non tollendi*, etc. (2).

La servitù debb'essere di qualche utilità, o abbellimento al fondo dominante. Così il mio fondo non può avere sul vostro una servitù di passsaggio, se ne sia separato da un terreno intermedio che non si può attraversare (3). Parimente se la mia casa ha sulla vostra una servitù *altius non tollendi*, ed intanto tra l'una e l'altra si elevino delle fabbriche, che ne impediscono reciprocamente la vista, voi riacquistate la libertà di edificare (4). Per una ragione so-

(1) *Dig.* 8. 2. *leggi* 4. 40. 15. 17. § 1., *etc.* — (2) D. 8. 3. 5. § 1. *f. Ulp.* — D. 8. 2. 1. *f. Paul.* — (3) D. 8. 1. 14. § 2, *f. Ulp.* — 39. 3. 17. § 2. *e seg. f. Paul.* — (4) D. 8. 2. *leggi* 38, *e* 39. *f. Paul.* — D. 8. 5. 5. *f. Paul.*

migliante non sarebbe posssibile d' imporre come servitù ad un fondo che il proprietario mai non vi dovesse andare, nè raccogliere i frutti, perciocchè questo non gioverebbe per nulla al fondo dominante (1). Noi vediamo anche nel Digesto, che se io stipulassi a mio favore il dritto di andare a passeggiare, o a desinare sulla vostra proprietà, questo sarebbe un dritto personale, non una servitù prediale (2).

Da ultimo si richiede che le servitù abbiano una causa perpetua. Di qui si conchiudeva non potersi stabilire per esempio una servitù d'acquidotto quando si debba trar l'acqua da una cisterna, da uno stagno, o altro luogo che non contenga acqua viva e perpetua (3); nè una servitù di passaggio sopra un fondo dal quale si era separato per un fiume non guadabile, e senza ponte; perciocchè i battelli non sono un mezzo permanente di trasporto (4). Ma a questa regola alquanto sottile si facevano talvolta delle eccezioni (5).

IV. Si quis velit vicino aliquod *jus constituere pactionibus atque stipulationibus* id efficere debet. Potest etiam *in testamento* quis heredem suum damnare ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat; vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

4. Se alcuno vorrà imporre qualche servitù al vicino lo debbe fare con patti, e con stipulazioni. E può eziandio imporre nel suo testamento all' erede, che non alzi più le sue case, acciocchè non noccia al lume delle case del vicino, o ch' egli sopporti che nel suo muro sia messa l'altrui trave, che soffra lo stillicidio, o che il suo vicino vada, o conduca pel suo fondo, e ne cavi l' acqua.

Eccoci ai modi come si stabiliscono le servitù prediali. Il testo indica come modi di stabilirle i patti, le stipulazioni, o i testamenti; bisogna aggiungervi due altri modi che han luogo in certi casi: l' uso, e l' aggiudicazione.

Innanzi di percorrere questi diversi modi è importante che ben si comprenda la differenza tra il caso, in cui la servitù è acquistata ed esiste come dritto reale, e quello, in cui non v' è ancora che un dritto di credito, un dritto di azione contro il proprietario, per costringerlo a stabilire la

(1) D. 8. 1. 15. f. Pomp. — (2) D. 8. 1. 8. f. Paul. — (3) D. 8. 2. 28. f. Paul. — 43. 22. 1. § 4. f. Ulp. — (4) D. 8. 3. 38. f. Paul. — (5) D. 8. 3. 9. f. Paul.

servitù in adempimento dell'obbligazione che glien'è imposta. Nel primo caso vi è veramente servitù, dritto reale; nel secondo vi è soltanto un'obbligazione. I modi indicati dal testo fanno acquistare la servitù, la stabiliscono come dritto reale, ovvero danno solamente il dritto di costringere a stabilirla? Di questo ci dovremo intrattenere per ciascun d'essi modi.

Noi nelle nostre spiegazioni ci riporteremo all'epoca, ed al sistema legislativo di Giustiniano, in cui i modi civili di acquistare e dell'antico dritto la *mancipatio*, l'*in jure cessio* non esistono più, in cui la tradizione è divenuta per tutte le cose corporali un mezzo di trasferirne la proprietà, ed in cui tutto il suolo dell'impero partecipa allo stesso dritto, senza distinzione tra il suolo italico, ed il suolo provinciale. In quanto a ciò che si appartiene allo stato anteriore del dritto civile, porremo in nota le nostre spiegazioni.

Jus constituere. Potrebbe per queste espressioni parer troncata ogni difficoltà, se dinotassero necessariamente la formazione, lo stabilimento delle servitù come dritto reale, ma noi le troviamo, anche sotto l'impero del dritto antico usate indifferentemente da Gaio per un caso, nel quale indubitatamente non vi era che semplice obbligazione (1). Esse dunque lasciano intera la quistione.

Pactionibus, atque stipulationibus. Teofilo nella sua parafrasi spiega lo stabilimento delle servitù per patti, e stipulazioni nel seguente modo: egli non ne fa due modi distinti, de'quali o l'uno o l'altro si potesse adoperare; ma due modi che concorrono insieme (*pactionibus atque stipulationibus*, dice il testo, e non *pactionibus, vel stipulationibus*). Egli suppone che noi proprietari di fondi vicini conveniamo di stabilire una servitù sull'uno in favore dell'altro, e che per sanzionare questo patto, questa convenzione, ricorriamo ad una stipulazione: « Prometti tu di soffrire la tal servitù? Lo prometto ». Per maggior sicurezza, Teofilo aggiugne nel suo esempio una clausola penale: « E se tu vi poni ostacolo, prometti di pagarmi cento soldi d'oro a titolo di pena (2)? » Così il patto e la stipulazione non escono qui dagli effetti ordinari de' contratti; essi producono un' obbligazione. La

(1) *Dig. 7. 1. 3. pr. f. Gai* — (2) *Theoph. Paraph. hoc. §.*

servitù è dovuta da colui che l'ha promessa: egli è obbligato sotto clausola penale di stabirla, di soffrirne l'esercizio; e colui al quale la servitù è dovuta ha per costringervelo l'azione personale prodotta dalla stipulazione, ma la servitù non è ancora stabilita, non esiste come dritto reale. Il patto e la stipulazione impotenti a dare per se medesimi il dritto di proprietà non possono neppur dare una frazione, uno smembramento di questo dritto.

Ma perchè cumulare in questo modo il patto (convenzione per se stessa non obbligatoria) con la stipulazione di una somma a titolo di pena? La ragione è che queste espressioni *pactis et stipulationibus* tolte dalle Istituta di Gaio si applicavano presso quell'autore al suolo provinciale, pel quale non poteva esistere realmente nè proprietà, nè servitù. Si cercava dunque un modo indiretto di ottenere questo risultamento. La convenzione, o anche la stipulazione diretta della servitù non produceva rigorosamente alcun legame giuridico; essa serviva soltanto a regolar tra le parti la natura, e le condizioni della servitù da stabilire; ma aggiungendo a questa la stipulazione di una somma (oggetto a riguardo del quale la stipulazione era perfettamente valida), pel caso in cui si mettesse ostacolo all'esercizio della servitù, il legame giuridico si formava. (Ved. un procedimento analogo Inst. 3. 19. § 19.). Del resto sotto Giustiniano, abolita la differenza tra il suolo italico, ed il suolo provinciale, quest'interesse non esiste più nel medesimo grado. La clausola penale v'interviene solamente come una spezie di sanzione.

Di più vi ha de' testi che ci presentano delle servitù dovute in forza d'una semplice convenzione, quando questa convenzione forma una vendita; come sarebbe a dire quando io compro da voi a profitto della mia casa una servitù di passaggio, di stillicidio etc. Ma taluni giureconsulti consigliavano di richiedere in questo caso da chi vendeva la servitù la sicurtà che egli non metterebbe ostacolo al suo esercizio. In questo caso, come nel precedente la vendita obbliga, ma non stabilisce il dritto reale; la sicurtà, che i giureconsulti consigliano di richiedere dal venditore, è una garentia per assicurarsi, ch'egli adempirà la sua obbliga-

zione, cioè che soffrirà l'esercizio della servitù che egli stabilirà come dritto reale, come smembramento della proprietà (1).

In fine i patti s'incontrano anche come mezzi di stabilire le servitù ne' due casi principali che seguono: se io proprietario di due immobili ve ne do uno in proprietà per qualsivoglia causa, possiamo convenire ed inserire nella tradizione questa clausola, questo patto che l'immobile che io vi do dovrà la *tale* servitù a quello che ritengo, o reciprocamente che quest'ultimo dovrà la *tale* servitù a quello che vi do (2). Nel primo caso vi ha riserva della servitù a mio favore (*servitutem excipere, recipere*); nel secondo si da a voi la servitù. In questo caso, almeno all'epoca di Giustiniano in cui la mancipazione non è più necessaria in alcun caso, la servitù, è stabilita come dritto reale per effetto della tradizione, perciocchè la proprietà stessa è stata trasferita con questo smembramento, o aumento. Noi avremmo potuto egualmente metter l'uno o l'altro di questi patti nel contratto di vendita, ma la servitù non sarebbe ancora esistita, ed anche se la tradizione fosse stata fatta, senza rinnovare il patto, quella tra le parti a cui la servitù era dovuta avrebbe avuto soltanto l'azione *vendi/i empti*, o la *conditio incerti* per richiederne lo stabilimento (3).

Testamento. Le servitù si potevano stabilire per testamento; o imponendo all'erede di soffrirle, com'è nel testo, o legando direttamente la servitù al vicino (4). All'epoca di Giustiniano non vi ha più differenza tra questi due modi: sì l'uno come l'altro stabiliscono la servitù come dritto reale. Giacchè il legato trasferisce la proprietà, ne trasferisce pure gli smembramenti. Reciprocamente vi era un modo di riservare sopra un fondo lasciato in legato talune servitù a profitto di altri fondi ereditari (5).

Potevano le servitù acquistarsi per l'uso? Pare che l'*usu-*

(1) *D. 8. 1. 20. f. Javol. — 8. 5. 16. f. Jul. — 19. 1. 3. §. 2. Pomp.* (2) *D. 8. 2. 34. f. Jul. — 8. 4. 3. f. Gai. — Ivi f. 6. Ulp.* — (3) *D. 8. 2. 35. f. Marcian.* — (4) *D. 33. 3. De servitute legata* — (5) *D. 7. 1. 19. f. Pomp.* il cui senso è ben difficile a comprendere; esso si riferisce al legato fatto *per vindicationem*, perchè al tempo di questo giureconsulto se si fosse trattato di un legato fatto per *damnationem*, che non trasferiva la proprietà, la riserva della servitù sarebbe stata ben facile; l'erede avrebbe potuto farla mancipando l'immobile al legatario.

capione civile fu primitivamente applicata, non si sa come, alle servitù, ma di poi abolita da una legge *Scribonia*, di cui alcuni contrastano l'esistenza, e che altri riportano al 720 sotto il triumvirato d'Antonio, d'Ottavio, e di Lepido (1). Checchè ne sia, tutti i giureconsulti posteriori frequentemente ci ripetono che le servitù sì urbane, e sì rustiche non son suscettive di *usucapione* (*usucapionem non recipiunt*) (2). Ma intervennero i pretori, i presidenti, e diedero in certi casi delle azioni utili, degl'interdetti (*utilem actionem, interdictum*) per proteggere i dritti di coloro che da gran tempo godevano di certe servitù, e le costituzioni imperiali confermarono questa giurisdizione. Quì si mostra l'importanza che abbiamo accennata quì sopra p. 119 della distinzione delle servitù in rustiche ed urbane. Queste ultime, come il *jus immittendi, oneris ferendi, stillicidii, luminum*, etc. (*quae in superficie, consistunt*) offrendo un carattere di continuità sono in generale quelle che si possono acquistar per lungo uso: « *Servitutes, quae in superficie consistunt possessione retinentur* » (3); ma non è a dirsi lo stesso delle servitù rustiche (*in solo*). Nondimeno si trova nel Codice di Teodosio, nel Digesto, e nel Codice di Giustiniano buon numero di passi, che provano essersi avuta una special cura di confermare i dritti d'attinger acqua stabiliti da lungo uso (4). Alcuni frammenti dicono anche che il pretore dava l'interdetto *de itinere actuque privato* pe' dritti di passaggio, de'quali si avea un lungo possesso (5). Del rimanente niun testo richiede che il possesso sia fondato sopra una giusta causa; basta che non sia nè violento, nè clandestino, nè precario (*nec vi, nec clam, nec precario*). Parimenti nulla dimostra che il tempo del possesso fosse fissato: ciò dovea dipender dalla valutazione delle circostanze, e dalla natura delle servitù; tutt'i testi che noi

(1) *Eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat* (*D. 41. 3. 4. §. 29. f. Paul.*). Non conosciamo altro passo che abbia relazione con questa legge. (2) *D. 8. 1. 14. § 1. f. Ulp. — 41. 1. 43. f. Gai. — 41. 3. 10. § 1 f. Ulp.* — (3) *D. 8. 2. 20. f. Paul. — Cod. 3. 34. 1. Anton.* — (4) *Cod. Theod. 15. 2. 6. Arcad. Honor. Dig. 8. 5. 10. f. Ulp. — 39. 3. 26. f. Scaev. — 43. 20. 3. § 4. f. Pomp. — 39. 3. 1. § 23. f. Ulp. — Cod. 3. 34. 2. const. Ant.* — (5) *Dig. 8. 6. 25. f. Paul. — 43. 19. 5. § 3.*

abbiam citati si servono delle espressioni *longa consuetudo*, *longi temporis consuetudo*, *longa quasi-possessio*, *usus vetustas*; ed una legge relativa all' acquidotto parla di un uso *cujus origo memoriam excessit*. È quistione molto controversa se questo tempo, prima di Giustiniano, o da lui medesimo sia stato fissato a dieci anni tra i presenti, e venti anni tra gli assenti, come per la prescrizione delle cose immobili (1). Se si ammette che la prescrizione per dieci, o venti anni d' uso sia stata così estesa all' acquisto delle servitù prediali ad esempio di quella delle cose immobili, sia da Antonino (sulla fede della Costituzione 2. del Codice lib. 3. tit. 34), sia da Giustininiano (sulla fede della Costituzione 12. del Codice lib. 7. tit. 33), è forza dire che in questo caso le condizioni necessarie per siffatta prescrizione debbano trovarsi riunite, e che quindi oltre l'uso e la buona fede bisogna che questa buona fede sia appoggiata sopra una giusta causa d'acquisto (2).

Infine l' aggiudicazione è altresì un modo di costituire le servitù. Essa ha luogo allorchè nell'azione di divisione di un eredità (*familiae erciscundae*, o d'una cosa comune (*communi dividundo*) il giudice aggiudicando a ciascuno la sua parte stabilisce sopra un fondo, o sopra una parte di un fondo una servitù a profitto di un altro (3). L' aggiudicazione che trasferisce la proprietà ne trasferisce eziandio gli smembramenti, e stabilisce la servitù come dritto reale.

In somma all' epoca di Giustiniano i *patti* inseriti nella *tradizione* di uno de' fondi, il *legato* senza alcuna distinzione di forma, *il lungo uso*, e *l' aggiudicazione* stabilivano le servitù come dritti reali. Ed in questo modo le servitù tanto negative che positive possono esistere immediatamente prima di qualsivoglia esercizio, e senza alcuna quasi tradizione. Il dubbio può nascere solo in quanto ai patti ed alle

(1) L' affermativa è sostenuta da una costituzione attribuita ad Antonino (*Cod. Justin. 5. 34. 2.*), e da una costituzione di Giustiniano (*Cod. 7. 33. 12. in fin.*) La prima soprattutto può avere qualche autorità — (2) *Ut bono initio possessionem tenentis*, « dice la costituzione 12, quella di Giustiniano — Vedi qui appresso *tit. 6. § 10.* — (3) *D. 10. 2. 22. § 3. 10. 3. 7. § 1. f. Ulp.*

stipulazioni ed in generale ai contratti. In un'opinione si dice che il semplice patto indipendentemente anche da qualunque forma e stipulazione, e quasi tradizione stabiliva immediatamente un dritto reale di servitù, come stabiliva un dritto reale d' ipoteca. Noi adottiamo l'opinione contraria, e pensiamo che anche sotto la legislazione di Giustiniano le servitù tanto personali, che prediali essendo delle frazioni, degli smembramenti della proprietà, dovessero pel loro acquisto subire le medesime regole che son descritte per la proprietà. Il contratto fa nascere un' obbligazione; ma acciocchè il dritto reale di servitù esista, è necessaria la quasi tradizione; fino a che questa non abbia luogo la servitù è dovuta, ma non esiste ancora (1).

(1) Le servitù prediali, o personali si acquistavano come la proprietà di cui erano uno smembramento? La convenzione delle parti bastava a stabilirle? La controversia su tal quistione è animatissima soprattutto in Alemagna. Il dritto antico dà un gran lume alla quistione, e però è mestieri esaminarlo: da questo esame risulta la conseguenza: 1.° che sotto i principi del dritto antico non si può seriamente dubitare: la convenzione non può stabilire un dritto reale di servitù; 2.° che la quistione adunque dovrebbe esser ristretta solamente al tempo che il vero dritto civile fu abolito, e segnatamente sotto la legislazione di Giustiniano.

Intratteniamoci da prima dell'antico dritto civile; e qui distinguiamo accuratamente il suolo italico che è ammesso alla partecipazione di questo dritto, ed il suolo provinciale che n' è escluso.

Il suolo italico è suscettivo d' un vero dominio (*dominium ex jure Quiritium*), e per conseguenza di vere servitù sì personali, e sì prediali, perciocchè le servitù non sono che smembramenti e frazioni del dominio.

Ciò posto noi troviamo in uno de' frammenti del Vaticano relativo all' usufrutto una regola generale, che domina in tutta la materia, ed è che l' usufrutto, e per conseguenza le servitù in generale anche a riguardo delle cose che non sono *mancipi* non possono altrimente essere stabilite che per un modo del dritto civile: *In re nec mancipi per traditionem deduci usufructus non potest: nec in homine si peregrino tradatur. Civili enim actione constitui potest*, *non traditione, quae juris gentium est* » (*Vaticana Juris Rom. Fragmenta* § 47. *Themis t. 5. p. 14.*; e *Blondeau Jus antejustinianeum p. 557.*). Sicchè a riguardo delle cose *nec mancipi* il dominio romano può esser trasferito per un modo del dritto delle genti cioè la tradizione, ma a riguardo delle frazioni di questo dominio, delle servitù tanto prediali, che personali, la legislazione civile trovasi più rigorosa: si richiede necessariamente un modo civile di acquisto. La tradizione, e a più forte ragione la quasi-tradizione sono per se medesime impotenti. Adunque nè il semplice patto, o la convenzione, nè i contratti bastano a stabilirle como dritti reali.

Ma percorriamo i modi civili di acquistare il dominio: essi erano la

Tuttavia avvertite che quest' opinione estesa alle servitù negative, che consistono in non fare, renderebbe impossibile il loro stabilimento per effetto di convenzioni, perciocchè

mancipazione, la cessione *in jure*, l' usucapione, l' aggiudicazione, e la legge (Ved. qui sopra p. 20). La *mancipazione* si applicava alle servitù rustiche che erano *res mancipi* (*p. Gai.* 2. §§ 17. e. 29.). Dunque esse non si acquistavano per la sola convenzione, a meno che non si voglia sconvolgere tutte le idee sulla materia.

La *cessione in jure* era surrogata alla mancipazione per le servitù urbane, e per l'usufrutto, che non potevano esser mancipati. La lettura de' giureconsulti dimostra ad ogni passo che questo era il modo adoperato per alienare volontariamente tra vivi cosiffatti smembramenti della proprietà (*Gai.* 2. §§ 29, e 30). Ecco un passo de' Frammenti del Vaticano molto decisivo: « *Tametsi ususfructus fundi mancipi non sit, tamen sine tutoris auctoritate alienare eum mulier non potest, cum aliter quam in jure cedendo id facere non possit ... idemqne est in servitutibus praediorum urbanorum.* » (*Vatic. jur. rom. Frag.* § 45.). Dunque essi non si acquistavano per la sola convenzione.

L' *usucapione* civile almeno dopo la legge *Scribonia* non avea più luogo in questa materia (*D. 41. 3. 4. § 29. f. Paul.*).

L' *aggiudicazione* si applicava alle servitù tanto prediali che personali (*Vatic. Frag.* § 47.).

In fine la *legge* era egualmente applicabile ad esso. E noi ritroviamo qui le differenze tra i legati che trasferiscono un dritto reale (*per vindicationem*), e quelli che soltanto obbligano l' erede (*per damnationem*). « *Ususfructus*, dice Paolo (*Sent.* 3. 6. § 17.) *legari potest, et aut ipso jure constituetur, aut per heredem praestabitur. Ex causa quidem damnationis per heredem praestabitur; ipso autem jure per vindicationem* ». Ecco in materia di legati la differenza ben stabilita tra la servitù dovuta, e la servitù acquistata.

Adunque i modi di acquistare erano per regola generale i medesimi pel dominio, e per le servitù, salvo un rigore di più cioè che la tradizione modo del dritto delle genti sufficiente per dare il dominio delle cose *nec mancipi* non era sufficiente per le servitù. In quanto a queste eravi inoltre la circostanza che nella cessione *in jure*, o nella mancipazione di un oggetto poteva riservarsi su questo oggetto l'usufrutto o una servitù (*usumfructum deducere; detrahere; servitutem excipere*) e per siffatta riserva l'usufrutto, o la servitù trovavasi stabilita. (Vatic. Fragm. §. 47. Gai. 2. §33.).

Ma se la riserva si fosse messa in un atto di vendita, e non nella cessione *in jure* o nella mancipazione, la servitù non si sarebbe acquistata; si sarebbe avuta solamente *l' actio vendili*, o la *conditio incerti* per farsela dare (D. 8. 2. 35. f. Marcian.). Ed ancora la riserva messa nella semplice tradizione delle cose *nec mancipi* non sarebbe stata sufficiente a stabilire la servitù, quantunque questa tradizione avesse trasferito il dominio della cosa. A questo caso si riferisce il frammento del Vaticano qui sopra riportato. Questo, come già dicevamo nella nostra edizione del 1828, è assai notabile. Da tutto ciò si comprende che non solamente la convenzione non ba-

riguardo ad esse non può esservi assolutamente alcun quasi-possesso, o quasi-tradizione. La difficoltà non esisteva sotto l'antico dritto civile, poichè la cessione *in jure* offriva il mezzo

stava a stabilire la servitù, ma neppure la quasi-tradizione avrebbe avuto questo risultamento; era assolutamente necessario un modo civile di acquisto. Sicchè quella differenza che dà tanto travaglio ai comentatori, tra le servitù positive che son suscettive di quasi-tradizione, e le servitù negative che non ne sono suscettive, non era qui di niuna influenza, perciocchè i modi civili di acquistare, la mancipazione, la cessione *in jure*, l'aggiudicazione, il legato, la riserva nella mancipazione non richiedono alcuna tradizione, o quasi-tradizione della servitù per produrre il loro effetto.

Queste erano le regole in Italia, e per gli oggetti partecipanti al dritto italico.

Il quanto al suolo provinciale escluso dal dritto civile non essendo suscettivo di dominio, non è neppure suscettivo delle sue diverse frazioni. E però secondo lo stretto dritto non possono sui fondi provinciali esservi delle vere servitù, più che non potrebbe esservi una vera proprietà. Ma siccome questo principio, per così dire astratto, che la proprietà del suolo provinciale appartiene al popolo, o a Cesare ha per effetto principale l'obbligazione al tributo, ma del resto in realtà le possessioni provinciali, tuttochè non siano proprietà, son protette in un modo presso a poco equivalente dalle istituzioni pretorie; così parimente le servitù, tuttochè rigorosamente per dritto civile non esistano, vi saranno introdotte, e protette *jure praetorio* sia col mezzo degl' interdetti utili possessori, *interdicta veluti possessoria* (Dig. 8. 1. 20. fr. Javol.—*Interdictum utile* Vatic. Fragm. §§ 90 e 91.), sia col mezzo dell' azione Publiciana (Dig. 6. 2. 11, §. 1. f. Ulp.).

Ciò posto l'aggiudicazione ed il legato, che son ammessi nelle province, si useranno per le servitù come si usano per la proprietà.

Ma in che modo si possono esse costituir volontariamente tra vivi se i fondi provinciali non sono suscettivi nè di mancipazione, nè di cessione *in jure*, e d' altronde le servitù secondo il dritto rigoroso non possono ricever quasi-tradizione, nè esser dedotte in una tradizione? È necessario, dice Gaio, a questo proposito, che si abbia ricorso a patti ed a stipulazioni (Gai. 2. § 31.), ed in fatti qui non vi ha altro mezzo a raggiunger lo scopo.

Qual' era l' effetto di questi patti, o stipulazioni nelle province? Stabilivano per se medesime le servitù, ovvero si ricorreva ad esse per supplire al rigore del dritto, che non offriva alcun mezzo di costituirle volontariamente tra vivi, presso a poco come si ricorre alle stipulazioni nel caso de' legatari, e fedecommissari, che si tolgono il carico di una parte de' debiti ereditari (Gai. 2. 254), e come l' indica Africano, spezialmente per un caso, in cui fuor d' ogni dubbio è impossibile che esista una vera servitù (D. 8. 3. 33. § 1, f. African.), senza che per questo si alteri la natura delle stipulazioni, e delle servitù? senza dedurre un dritto reale da un contratto? Ecco la quistione che si può fare.

Avvertite che il dubbio può elevarsi solo nel punto in cui siam pervenuti, cioè fuori del dritto civile, pel suolo provinciale, ed a riguardo

di stabilirle come dritti reali; ma al tempo di Giustiniano, che questa cessione è abolita, l'impossibilità esisterebbe. Ciò ha determinato un gran numero di comentatori, anche tra

delle servitù che riconoscono la loro esistenza unicamente dalla protezione del pretore. Ed anche in queste condizioni di cose il mio avviso è che il patto, e la stipulazione non stabiliscono la servitù; perciocchè come la proteggerà il pretore? Per via di interdetti utili possessori, dell'azione publiciana, vale a dire per via d'istituzioni, le quali tutte suppongono che vi sia possesso, o quasi possesso. Sicchè la servitù non sarà stabilita dal patto, che è una convenzione non obbligatoria, e che si applica qui ad una cosa che per stretto dritto non può esistere, ma colui col quale si sarà convenuto di stabilirla si obbligherà per istipulazione, per clausola penale, o anche per sicurtà a non mettere ostacolo al suo esercizio. Di tal fatta è l'esempio di Teofilo (Inst. Paraph. hoc §); di tal fatta è quello di Pomponio: «*Si iter, actum viam aquaeductum per tuum fundum emero vacuae possessionis traditio nulla est. Itaque cavere debes per te non fieri quominus utar*». (13. 1. 3. § 2. f.) Lo stesso dice eziandio Giavoleno; ma questo giureconsulto aggiunge: «*Ego puto usum ejus juris pro traditione accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* (Dig. 8. 1. 20). Il che chiaramente accenna l'ultima interpetrazione benevola della giurisprudenza, e del dritto pretorio. Secondo lo stretto dritto le servitù sul suolo provinciale non potrebbero esser volontariamente stabilite tra vivi, perciocchè la mancipazione, e la cessione *in jure* non vi sono ammesse; i patti, e le stipulazioni le costituiranno solamente in questo senso, che il promettente sarà obbligato di non mettere ostacolo al loro esercizio, ma per un' interpetrazione meno rigorosa si ammette la quasi-tradizione come quella che da il dritto reale almeno per quanto è possibile nelle province ch' esso abbia esistenza, vale a dire per via degl' interdetti utili, e della publiciana. A ciò si vuol riferire una costituzione di Alessandro ne' seguenti termini: «*Et in provinciali praedia constitui ... servitutes possint, si ea praecesserint quae servitutes constituunt* (cioè la quasi-tradizione); *tueri enim placita inter contrahentes debent*» (Cod. 3. 34. 3.); costituzione di cui si è fatto esame, ed il Cujacio ne ha dato delle spiegazioni ben poco naturali. In quanto alle servitù negative, non essendo queste neppur suscettive di quasi-tradizione, restavano nel rigore del dritto; non pertanto potevano esistere come dritti reali per effetto dell' aggiudicazione, o del legato.

Inoltre io non sarei alieno dal credere che queste disposizioni del dritto pretorio, il quale per via degl' interdetti: *veluti possessoria* e della publiciana proteggeva le servitù del suolo provinciale fossero state parimente applicate al suolo italico a riguardo delle servitù costituite su questo suolo per la semplice quasi-tradizione, o per la ritenzione in una tradizione, giacchè allora la servitù esiste non pel dritto civile, ma per la protezione pretoria, non altrimente che pe' fondi stipendiari (*officio praetoris tuitione praetoris*, dicono i testi: V. Dig. 8. 3. 1. § 2. f. Ulp. — 7. 4. 1. pr. f. Ulp. — Vatic. Frag. § 61.).

Sotto Giustiniano l'*usucapione*, l'*aggiudicazione*, ed il *legato* son

quelli, che stimano la quasi-tradizione indispensabile a riguardo delle altre servitù ad ammettere che essa non sia necessaria per le servitù negative, e che la semplice convenzione sia sufficiente a stabilirle come dritti reali. Siffatta decisione, tuttochè sembri comandata dalla necessità delle cose, non ci pare conforme ai principi del dritto romano.

Le servitù si estinguono: 1.° per la perdita, la distruzione di uno de' fondi, il dominante, o il serviente; come se l'edifizio sia abbattuto, il terreno portato via, o invaso dalle acque. Se l'edifizio sarà riedificato, un' interpretazione equa fa rivivere le servitù (1).

2.° Per la confusione, se la persona medesima diviene per intero proprietaria de' due fondi (2).

restati, più o meno modificati, come modi di acquistare; la *mancipazione*, e *l'in jure cessio* sono al tutto scomparse. Quel che era il dritto delle province è in certa guisa divenuto sotto più riguardi il dritto generale. Dal che segue che i dubbi, e le decisioni relative allo stabilimento delle servitù nelle province, si riproducono per la legislazione di Giustiniano. Così i patti, e le stipulazioni, sono i soli modi di stabilirle volontariamente tra vivi: la quasi tradizione per quelle che ne son suscettive dà il dritto reale; di più la tradizione essendo in tutto surrogata alla mancipazione, le servitù vi possono esser dedotte come altra volta nella mancipazione.

Io non trovo da attingere per questa discussione autorità ben sicure ne' numerosi testi del Digesto, e del Codice, perciocchè essi han dovuto necessariamente esser mutilati per effetto de' cambiamenti recati ai modi di acquistare; nondimeno ecco i principali per l'opinione ch' io adotto: *Dig. 44. 7. 3. f. Paul.* — *19. 1. 3. § 2. f. Pomp.* e *8. 1. 20. f. Javol. 8. 6. 18.* e *19. Marci.* — E sopratutto *D. 7. 1. 27. § 4. f. Ulp.* — *8. 1. 11. f. Modest.* — *45. 1. 136. § 1. f. Paul.* dove si vede che una servitù stipulata non esiste ancora come dritto. Confesso che non si può sicuramente argomentare dalle leggi *Dig. 8. 2. 35. f. Marci.* — *6. 2. 11. § 1. f. Ulp.* relative alla pubbliciana.

Per l'opinione contraria: *Dig. 43. 14. 3. §§ 13.* e *14. Ulp.* legge che non conchiude nulla, perciocchè vi ha molti casi, ne' quali le servitù esistono di dritto senza alcuna quasi tradizione. *Dig. 7. 1. 25. §. 7. f. Ulp. Cod. 3. 33. 4.* ove si tratta sempre delle medesime espressioni *pactionibus constituuntur servitutes.* In fine la legge *Cod. 3. 34. 14.* ove probabilmente si parlava d'un patto inserito come legge della mancipazione d'una servitù rurale. Del resto se si adotta quest' ultima opinione che ha tra suoi campioni de' buoni ingegni, ed anche delle buone ragioni non si dee scinderla; bisogna dire che il semplice patto senza alcuna stipulazione poteva stabilire un dritto di servitù, come stabiliva un dritto d'ipoteca.

(1) *D. 8. 3. 13. princ.* — *8. 6. 14. f. Javol.* — *8. 2. 20. § 2. f. Paul.* — (2) *D. 8, 6. 1. f. Gai.* — *8. 2. 30. f. Paul.*

3.° Per la remissione, quando il padrone del fondo dominante permette a quello del fondo serviente di fare qualche cosa, che impedisce l'esercizio della servitù (1).

4.° Pel non uso, che al termine di due anni, era pel diritto civile un modo di estinzione per tutte le servitù o rustiche o urbane. Tuttavia si trovava anche qui l'importanza della distinzione a stabilire tra queste servitù. Per le prime cioè per le servitù rurali vi era estinzione pel non uso, quando il tempo fissato era trascorso, senza che nè il proprietario, nè il fittajuolo, nè alcun altra persona avesse usato della servitù per l'utilità del fondo (2). In quanto alle seconde, cioè alle servitù urbane si richiedeva di più che il proprietario del fondo serviente avesse acquistato la sua liberazione (*libertatem usucapere*), cioè che avesse fatto qualche atto contrario alla servitù, per esempio che avessè più elevato l'edifizio, turate le finestre, rivolte in altra parte le gronde, tolte via le travi, turati i fori in cui esse si appoggiavano, etc. (3). Questa differenza dipende sempre da ciò che le servitù urbane son continue, e le rurali per la più parte discontinue. Se si facevano degli atti diversi da quelli che la servitù permetteva di fare, per esempio se si fosse attinta l'acqua di giorno o a certe ore, mentre dovea prendersi la notte, o ad altre ore, o se si fosse presa un acqua diversa, la servitù a capo di due anni di quest' uso irregolare era interamente perduta, senza nulla acquistare in cambio; perciocchè in fatti la persona non aveva usato della sua servitù, e quella della quale avea fatto uso senza avervi dritto, non erasi a lui acquistata, essendochè l'usucapione di due anni non era applicabile alle servitù (4). Se il non uso

(1) *D. 8. 1. 14. § 1. f. Ulp.—8. 4. 17. f. Papin.— 8. 6. 8. f. Paul.*— La cessione *in jure* fatta al proprietario del fondo serviente dovea al tempo che ancora esisteva servire ad estinguere le servitù, senza che fosse necessario di fare qualche cosa contraria al loro esercizio. Quanto al patto, alla sola convenzione, per la quale la servitù era rimessa, io penso ch'essa non produceva altro che un' eccezione. Ma fin d'allora il proprietario del fondo serviente poteva opporsi alla servitù, e se il padrone del fondo dominante l'avesse rivendicata, egli avrebbe fatto rigettare la sua azione per l'eccezione del patto. — (2) *D. 8. 6. leggi 5. 6. 20. a 25.* — (3) *D. 8. 2. 6. f. Gai.* — (4) *D. 8. 6. 10. § 1. f. Paul.; 17. f. Pomp.; 18. f. Paul. — 39.*

proveniva da forza maggiore, la servitù, a rigore, non era per questo meno estinta, ma allora poteva la persona farsi restituire dal pretore (1). Tale era ancora il dritto esposto nelle Pandette di Giustiniano, non pertanto diverse costituzioni di quest' imperadore pubblicate qualche anno prima (nel 530, e 531; il Digesto, e le Instituzioni sono del 533) aveano di già apportato notabili modificazioni sulla perdita delle servitù pel non uso. Così in primo luogo è incontrastabile, e riconosciuto da tutti, che Giustiniano sostituì in questa materia allo spazio di tempo dell' usucapione civile quello della prescrizione pretoria: per modo che le servitù prediali in cambio d'esser perdute per due anni di non uso non poterono più perdersi che pel decorrimento di dieci anni contra i presenti, e venti contra gli assenti (2). Ma un secondo punto non meno importante, e sul quale gl' interpetri principalmente più moderni non si accordano, è che Giustiniano avesse stabilito nel medesimo tempo che le servitù effettualmente non si estinguerebbero più pel non uso (*non utendò*) cioè pel solo fatto di aver cessato di usarne, ma che si richiederebbe inoltre per tutte le servitù sì urbane, e sì rustiche che il proprietario avesse acquistata la sua liberazione facendo qualche atto contrario alla loro esistenza. Si deduce questa conseguenza da una costituzione relativa all' usufrutto, nella quale Giustiniano dice che questo dritto non si perderà più pel non uso: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem, vel absentem, excludere*. Ma noi non adottiamo quest' interpetrazione. Essa ci pare in disaccordo con la natura delle servitù rurali, il cui esercizio essendo discontinuo, può esser cessato interamente, e da gran tempo senza che vi sia stato alcun fatto contrario dalla parte del proprietario del fondo serviente. Vi ha di più: Giustiniano parla espressamente, per la perdita a cagione del *non uso*, della prescrizione per dieci anni contro i presenti, o venti contro gli

3. 17. pr. f. Paul. — l'applicazione di questa regola a' differenti casi non è senza difficoltà — *7. 4. 20. f. Paul.* — *8. 5. 9. §. 1. f. Paul.* — (1) *D. 8. 5. 33. f. Paul.* — (2) *Cod. 3. 34. const. Justin.*

assenti (1). Or l' interpetrazione che si vuol dare alle espressioni della sua costituzione sull'usufrutto, renderebbe quasi al tutto impossibile l'applicazione di siffatta prescrizione, e vi surrogherebbe in cambio quella di trent'anni senza distinzione di presenza o di assenza. In fatti se si vogliono prender così alla lettera le espressioni *nisi talis exceptio*, etc. bisognerà dire esser necessario non solo che il proprietario del fondo serviente abbia fatto un atto contrario alla servitù, ma ancora che l'abbia fatto di buona fede, ed in vigore d'un giusto titolo, perciocchè tutto questo sarebbe indispensabile se si trattasse del dominio. E per questo modo si arriva all' impossibile, salvo due casi eccezionali : 1.° quello in cui un terzo avesse acquistato e posseduto di buona fede il fondo serviente come franco e libero dalla servitù : 2.° quello in cui il proprietario del fondo serviente avesse acquistato di buona fede la sua liberazione da un terzo ch'egli avesse creduto proprietario del fondo dominante. Vale a dire che in realtà la vera prescrizione delle servitù pel non uso sarebbe quella di trent'anni, per la quale l'azione in rivendicazione della servitù si troverebbe estinta senza distinzione tra assenti, e presenti, senza necessità di buona fede, e di giusta causa di liberazione ; ma sempre con la differenza che necessariamente la natura delle cose impone tra le servitù urbane il cui esercizio è continuo, e le servitù rurali, le quali hanno generalmente un esercizio discontinuo (2). Questo può ben essere un sistema di legislazione, e questo presso a poco il nostro codice civile ha adottato (3) ; ma non è certamente quello delle costituzioni di Giustiniano, le quali parlano positivamente del non uso per dieci anni contro i presenti : e venti contro gli assenti, senza dir mai neppure una parola speciale della prescrizione di trent'anni. Tutte queste ragioni ci conducono a credere fermamente che la frase di Giusti-

(1) « *Censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes* » (*Cod. 3. 34. 13.)* — (2) *Cod. 7. 39. 3.* — (3) *Codice civ. artic. 706, e 707* (*a*).

(*a*) Leggi civ. artic. 627 e 628.

niano si debba riferir solamente al tempo della prescrizione e non alle altre condizioni richieste per l'acquisto del dominio. Ma quel che è anche più decisivo a riguardo delle servitù prediali è che Giustiniano dice sempre nelle sue novelle costituzioni che esse si estingueranno *non utendo*. Finalmente a noi pare che l'ipotesi proposta, e la decisione data dall'imperatore nella sua costituzione 14. contraddicano radicalmente, e senza replica l'opinione, che noi ricusiamo di ammettere (1).

Vi ha inoltre degli altri casi meno importanti che possono estinguere le servitù, per esempio se esse sieno stabilite in modo risolubile, o da persone aventi un dritto risolubile (2).

TITULUS IV. — TITOLO IV.

DE USUFRUCTU — DELL' USUFRUTTO (3)

Passiamo alle servitù personali (*servitutes personales*), nelle quali il dritto staccato dalla proprietà non è staccato per aumentare la bellezza, o utilità di un fondo, ma pel vantaggio speciale d'una persona, alla quale appartiene. A differenza delle servitù reali, le servitù personali si applicano sì ai mobili, come agl'immobili; esse non consistono mai in altro che in soffrire; nè tutte sono indivisibili: così l'usufrutto consistendo principalmente nella percezione de'frutti, oggetti che son suscettivi di divisione, può essere acquistato, o perduto per parti, ma non è a dire lo stesso dell'uso, che è considerato come indivisibile (4).

Pare che queste servitù sieno state introdotte nella legislazione romana posteriormente alle servitù de'fondi, e che sieno state successivamente regolate. Così ne' frammenti delle Dodici Tavole, o negli scrittori posteriori non vi ha nulla

(1) *Cod. 3. 34. const. 13. e 14.* Tuttavia quest'opinione pare quella seguita da'miei dotti colleghi DUCAURROY (*Instit. nouv. expl. t. 1. p. 345. n. 438.*), e PELLAT (*De la propriété, et de l'usufruit p. 168.*) — (2) *D. 8. 6. 11. §. 1. f. Marcel.* — (3) Ved. su questa materia speciale il Trattato del nostro collega PELLAT: *De la propriété, et de l'usufruit.* Parigi 1837 br. in 8.° — (4) *D. 7. 1. 14. e 25. f. Pomp.* — *Frui quidem pro parte possumus: uti pro parte non possumus (7. 8. 19. f. Paul.).*

che indichi la loro esistenza in quell' età primitiva. Noi sappiamo da Cicerone, che al suo tempo l' usufrutto e l' uso erano stabiliti, che i giureconsulti disputavano ancora se i figliuoli di una schiava erano nel numero de' frutti, o no; che il quasi-usufrutto delle cose di consumo non era ancor conosciuto (1). Un senato-consulto posteriore introdusse questo quasi usufrutto; ed in seguito fu annoverato tra le servitù personali il dritto di abitazione, e quello de'servigi. Noi ora ci facciamo a discorrerne successivamente.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.	L' usufrutto è il dritto di usare, e godere le altrui cose, salva però la sostanza di esse. Perciocchè è un dritto sul corpo delle cose, il qual corpo levato via, necessariamente si leva anche il dritto.

L' usufrutto che forma la più importante delle servitù personali, è ampiamente trattato nel Digesto. I comentatori di Gaio, le regole d' Ulpiano, le sentenze di Paolo, ci offrono eziandio de' passi che vi han relazione; infine i frammenti del dritto romano scoverti dal Maï nella biblioteca del Vaticano contengono un titolo su questa materia (2).

Son da notare nella definizione data dal nostro testo le parole *utendi* e *fruendi*, che indicano tutt' i dritti che comprende l' usufrutto (l' uso e i frutti); le parole *rebus alienis*, perchè l' usufrutto non può cadere che sulle cose altrui (*nemini res sua servit*); da ultimo le espressioni *salva rerum substantia*, che si prendono in due sensi diversi. Infatti alcuni giureconsulti le considerano come relative alla durata dell' usufrutto e traducono così: *Il dritto di usare e di godere finchè dura la sostanza;* altri come relative ai dritti dell' usufruttuario, e traducono così: *Il dritto di usare, e di godere... senz' alterare la sostanza.* Io credo che sia da adottare questa seconda interpretazione; le parole del testo mi pare

(1) Cicer. *De fin. boni, et mali* lib. 1. cap. 4.— Id. *in Topicis* —(2) *Dig. lib. 7. tit. 1. e seg.* — *Gai.* 3. §§ 50, *e seg.* — *Ulp. Reg.* 24. §§ 26, e 27. — *Paul. Sent.* 3. 6. §§ 17. *e seg.* — *Vatic. J. R. Frag. tit.* 2. De usu et fructu *Themis. t.* 5.; e *Blondeau* Jus antejustinianeum *p.* 336. § 41. *e seg.*

prietas, e nella nostra lingua *nuda proprietà*. Vediamo da prima quali sono i dritti, e le obbligazioni dell' usufruttuario e del proprietario.

L' usufruttuario ha il *jus utendi*, e non si saprebbe quì dare una teorica più sana, e più logica di quella che è stata esposta in Alemagna dal Thibaut, e presso noi dal Ducaurroy (1). Il *jus utendi* non è, siccome han detto i comentatori sino a' nostri giorni, il dritto di raccogliere i frutti circoscritto dalla necessità. Esso è un dritto particolare, e ben distinto, che consiste in ritrarre dalla cosa tutta l' utilità che può dare, senza prenderne alcun prodotto, nè alterarne la sostanza. Da ciò discende il dritto di abitare la casa, di dimorare sul fondo rustico, di esercitare le servitù di semplice uso che ci son dovute, di adoperare i buoi, i cavalli nel lavoro, ed in tutte le fatiche alle quali sono atti; le navi nella navigazione, etc. (2).

L' usufruttuario ha inoltre il *jus fruendi* cioè il dritto di raccogliere tutt' i frutti della cosa (3). Quì è importante determinare che cosa intendesi per frutti. Frutto, dicono parecchi testi, è *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipitur* (4). Nondimeno non si computa realmente tra' frutti che gli oggetti, i quali la cosa è destinata a produrre; sicchè quelli che ne sono un risultamento, un accessorio accidentale, come l' alluvione, l' isola nata presso ad un podere (5), il tesoro (6), il legato fatto allo schiavo (7)

(1) *Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (Saggi sopra alcune parti speciali della teoria del dritto). *Jen. 1798—1801, e 1817 2. vol. in 8.° I. 3.* — Ducaurroy, *Themis t. 1. p. 263-265. 1819. Institutes expliquées t. 1. p. 348. e seg.* — Questa teorica è ora generalmente stabilita tanto in Alemagna, che tra noi — (2) *D. 7. 8. fr. 2, e 10 §. 4. Ulp. — D. 7. 1. 15. §. 7. — 7. 6. 1. pr. e §. 1. — 8. 5. 2. §. 2. f. Ulp. — D. 7. 8. 12. §§. 3, e 4. f. Ulp. D. 7. 1. 12. §. 1. f. Ulp.* — Il *jus utendi* è sì poco una frazione del *jus fruendi* che quegli il quale ha il *jus fruendi* per intero, è ancora obbligato di ricorrere all' uso per tutto ciò che è necessario alla cultura, ed alla raccolta de' frutti, secondo che dice Fiorentino (*Dig. 7. 1. 42.*). Frequentemente presso i Romani dicesi *uti* per dire ritrarre una utilità qualunque, o nel frutto, o altramente; ma allora si adopera questa parola in un senso generale. — (3) *D. 7. 1. 7. p. f. Ulp.* — (4) *D. 7. 1. 9. p. f. Ulp.*, e *59. §. 1. Paul.* — (5) *7. 1. §. 4. 9. §. 4. f. Ulp.* — (6) *D. 24. 3. 7. §. 12. f. Ulp.* — (7) *Inst. 2. 9. §. 4.*

non appartengono all' usufruttuario. Per una ragione quasi somigliante il figliuolo d' una schiava, come abbiam veduto (qui sopra p.95) non è annoverato tra i frutti; similmente gli oggetti, che sono piuttosto parte della cosa, che uno de' suoi ordinari prodotti non son considerati come frutti, tali sono i boschi non destinati ad esser tagliati; l' usufruttuario non acquista gli alberi che vi muoiono, o che vi sono schiantati dalla violenza del vento, ma raccoglie la rendita de' boschi destinati a tagliare (*sylva caedua*) (1).

L' usufruttuario può egli medesimo esercitare il suo dritto, ovvero vendere, affittare, cedere gratuitamente l' esercizio di questo dritto in tutto, o in parte (2). Se egli affitta le cose, delle quali ha l' usufrutto, il prezzo che gli si paga pel fitto, tien luogo per lui dell' utilità, o de' frutti della cosa, e questo è ciò che chiamasi frutti civili.

Si vuol notare che l' usufruttuario non ha la proprietà de' frutti, ma solo il dritto esclusivamente annesso alla sua persona di raccoglierli, o farli raccorre; il che di già si è veduto (qui sop.p.95) (3). Da ciò seguita ch' egli non è ancora proprietario de' frutti naturalmente caduti, ma non raccolti; nè de' frutti raccolti non da lui, o da chi lo rappresenta, ma da altra persona, come a cagion d'esempio da un ladro (4). Ne seguita ancora che i frutti non raccolti al momento della morte non passano a' suoi eredi, ma restano al proprie-

(1) *D. 7. 1. 9. § 7. e f. 12. pr. Ulp.*—Egli può solamente usare di questi alberi pe' suoi bisogni domestici, e pel mantenimento dell' edifizio. Per le carriere, le mine, etc. Vedi le leggi *D. 7. 1. l. 9. §§. 2. e 3. l. 13. §. 5. D. 23. 5. 18. — 24. 3. 7. §§. 13, e 14.* che in somma pare che ne attribuiscano i prodotti all' usufruttuario. Tutto ciò che noi quivi vediamo, ci prova che la decomposizione ordinaria che si fa del dominio in *jus utendi, fruendi, abutendi* non è, come abbiam detto qui sop.p.41. perfettamente esatta; così dopo averne staccato per l' usufruttuario il *jus utendi et fruendi* resta al proprietario non solamente il *jus abutendi*, ma ancora il dritto di acquistare tutti gli accessori, che non sono nella classe de' frutti. — (2) *D. 7. 1. 12. § 2. f. Ulp.* — (3) *Inst. 2. 1. § 36.* — (4) *D. 7. 4. 13. f. Paul. — 7. 1. 12. § 5. f. Ulp.* Egli in ciò è ben differente dal possessore di buona fede, che a riguardo de' terzi è considerato come proprietario de' frutti dal momento che sono separati dal suolo. E però l' usufruttuario non avrebbe contro il ladro la *rei vindicatio*, nè la *condictio furtiva* che si danno solamente al proprietario, ma avrebbe l' *actio furti* come persona che avea interesse che il furto non fosse avvenuto.

tario. E reciprocamente se al cominciare dell'usufrutto vi sono de' frutti pendenti da' rami, o attaccati alle radici, l'usufruttuario ha il dritto di raccoglierli (1). Che bisogna dire a questo proposito del caso in cui li abbia raccolti innanzi che fosser maturi? Quando egli abbiali colti senz'animo di frodare, e come un buon padre di famiglia, non si ha a questo riguardo alcun'azione contro di lui, nè contro i suoi eredi (2). Come si avrà a decidere pe' frutti civili? I testi non sono ben precisi su questo punto, ma pare risultarne che si acquistano giorno per giorno quando si tratta per esempio del fitto d' una casa, del lavoro di uno schiavo, o di una bestia da soma; ma quando questo fitto rappresenta i frutti naturali, come nella locazione d'un fondo rusticano, esso non è altrimente dovuto all' usufruttuario, che se le raccolte sieno state fatte vivente lui (3).

L' usufruttuario dee godere da buon padre di famiglia (*quasi bonus paterfamilias*) (4). Sicchè egli non dee stabilire nella casa un' osteria, de' bagni pubblici, un officina, quando prima non sia destinata a quest' uso (5), egli non dee snaturare gl' impieghi degli schiavi, facendo per esempio un panattiere da un musico, un servitore da bagni da un istrione (6); egli dee, come abbiam veduto più innanzi, surrogare le viti, ed altri alberi fruttiferi che periscono, impiegare l'accrescimento del bestiame a sostituire i capi morti. Egli non ha il diritto di alterare la sostanza delle cose (*salva substantia*). Ma che cosa si deve intendere per sostanza? Fisicamente, o metafisicamente sarebbe malagevole di determinare il senso preciso di questa parola assai vaga che viene da *sub stare*; ma in dritto, e nella materia di che trattiamo, dinota ciò che è il principale, il carattere essenziale nella maniera di essere della cosa; e però non solamente l' usufruttuario non ha il dritto di distruggere (*abuti*), ma non potrebbe neppure elevare un edifizio sul terreno, di cui ha l'usufrutto, cambiare le fabbriche,

(1) *D. 7. 1. 27. pr. f. Ulp.*— (2) *D. 7. 1. 48. § 2. f. Ulp.*— *25. 2. 42. f. Javol.*— Per esempio le olive affinchè portino un olio più delicato; il fieno affinchè sia più sottile; le melarance per mandarle fuori del proprio paese — (3) *D. 7. 1, 26. f. Paul.; 58 f. Scaev.*—(4) *Inst. 2. 1. 38.*— (5) *D. 7. 1. 13. §§ 89, e 27. § 1. f. Ulp.* — (6) *D. 7. 1. 15. § 1., e seg.*

trasformare una villa, o giardino di delizia in un orto, o viceversa (1).

L'usufruttuario è tenuto alle riparazioni di mantenimento (*modica refectio*), ed alle imposte, o altri carichi che gravano i frutti (2).

In fine il dritto pretorio l'obbliga prima di entrare in possesso a dar sicurtà di godere da buon padre di famiglia, e di restituire alla fine dell'usufrutto ciò che rimarrà della cosa: « *Usurum se boni viri arbitratu, et cum ususfructus ad eum pertinere desinet restituturum quod inde extabit.* » Un titolo del Digesto è consacraro a siffatta sicurtà (3).

I. Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. Ut ecce si quis usumfructum alicui *legaverit*; nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. Et contra si fundum legaverit, *deducto usufructu*, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento si quis velit usumfructum alii constituere *pactionibus et stipulationibus* id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

1. L'usufrutto è separato dalla proprietà, e ciò avviene in più modi, come sarebbe se alcuno avesse lasciato l'usufrutto in legato, il perchè l'erede ha la semplice proprietà ed il legatario ha l'usufrutto. All'incontro s'egli lascerà in legato il fondo, levandone l'usufrutto, il legatario ha la semplice proprietà nuda, e l'erede l'usufrutto. Il testatore può similmente lasciar l'usufrutto ad uno, ed il fondo ad un altro, levandone l'usufrutto. Ma se alcuno vuole che altri abbia l'usufrutto senza lasciarlo in testamento, lo dee far per via di patti, e di stipulazioni. Ma acciocchè le proprietà non fossero per sempre inutili, essendone l'usufrutto sempre separato, piacque che l'usufrutto s'estinguesse per certi modi, e che ritornasse alla proprietà.

Questo paragrafo è relativo a' modi come si costituisce l'usufrutto. Gaio, Paolo, e soprattutto i frammenti del Vaticano ci porgono a questo soggetto delle nozioni preziose sul dritto antico (4). Noi le abbiamo già in parte esposte più sopra (p.132), trattando dello stabilimento delle servitù; ora ci riman poco ad aggiugnere.

Da prima si vuol ben fermare la distinzione, tra dare,

(1) *D. 7. 1. 1.; 8. 13. § 4, etc. f. Ulp.* — (2) *D. 7. 1. 7. § 2. f. Ulp.* — (3) *D. 7. 9. 1. e seg.* — (4) *Gai. 2. §§ 31. e seg.* — *Paul. Sent. 3. 6. §§ 17. e seg.* — *Vatic. J. R. Frag. §§ 41. e seg.*

e dedurre, o levar l' usufrutto (*dare, deducere usumfructum*). Dar l' usufrutto vuol dire trasferirlo a qualcuno, ritenendo la nuda proprietà; dedurlo per contrario significa dar la proprietà ad alcuno, ritenendone l' usufrutto. I modi indicati dal testo per costituir l' usufrutto sono i legati, i patti e le stipulazioni; vi si dee aggiugnere l' aggiudicazione, e la legge in certi casi.

Relativamente a' legati aggiungeremo al testo alcune poche osservazioni. La prima è che questo era il modo più usato, e più favorevolmente interpetrato per lo stabilimento delle servitù personali (1). La seconda è che sotto Giustiniano, per regola generale il legato, quali che fossero i termini in cui era espresso, trasferiva sempre l' usufrutto come dritto reale, senza alcuna quasi-tradizione (2). La terza è che in questa spezie di legati non eravi intervallo niuno tra ciò che dicevasi *dies cedit*, e *dies venit*, cioè tra il momento, in cui il dritto eventuale al legato era fissato a favore del legatario (*dies cedit*), e quello in cui il legato era esigibile (*dies venit*). Così pe' legati ordinari il dritto eventuale al legato è acquistato e fisssato in prò del legatario, in generale, dal giorno della morte; l' esigibilità non ha luogo che al tempo dell' (adizione) accettazione dell' eredità. Ma pel legato di usufrutto il dritto non è fissato (*dies cedit*) se non quando diviene esigibile; perchè, dice Ulpiano, non vi ha usufrutto che quando qualcuno comincia a poter godere; cioè in generale all' accettazione di eredità (3). L' effetto principale del *dies cedit* pe' legati ordinari è di rendere il dritto eventuale trasmisibile agli eredi; questo effetto non può aver luogo per l' usufrutto, perchè questo è un dritto esclusivamente personale; ma morendo l'usufruttuario dopo il *dies cedit* trasmette a' suoi eredi ciò che a lui si è acquistato, vale a dire il dritto che a lui spetta sui frutti

(1) Ulpiano e Paolo non trattano dell' usufrutto che all' occasione dei legati; un titolo del Digesto è consacrato al legato di usufrutto (D. 33. 2.)
(2) *Inst. 2. 20. § 2.* — (3) *D. 7. 3. 1. f. Ulp.* — » *Tunc enim constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest.* » — Labeone avea pensato per contrario che il *dies cedit* doveva aver luogo pel legato di usufrutto come per gli altri legati (*Vatic. J. R. Frag. § 60*).

raccolti da questo giorno sino alla sua morte. Il *dies cedit* conserva eziandio la sua importanza per parecchi altri punti che noi spiegheremo trattando de' legati, e segnatamente per determinare le cose che debbono comporre il legato. Finalmente la nostra quarta osservazione cade su queste parole del paragrafo : *Item alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest.* Queste parole sono spiegate da una legge del Digesto, nella quale vediamo che, se il testatore vuol legare ad uno l' usufrutto intero , ad un altro la proprietà nuda solamente , dee aver gran cura di legare a costui il fondo, *deducto usufructu*; perciocchè se avesse legato il fondo (*fundum*) senza esprimere la deduzione dell' usufrutto, questo legatario avrebbe nel suo legato anche l' usufrutto, e lo dividerebbe con l' altro legatario (1).

Relativamente ai patti , ed alle stipulazioni si dee tener presente ciò che abbiam detto per le servitù (qui sop. p. 127). All'epoca di Giustiniano i patti messi in una tradizione stabiliscono all' istante l' usufrutto come dritto reale : ma gli altri patti, e le stipulazioni fanno solamente nascer l' obbligazione di costituire l' usufrutto, il quale non esiste come dritto reale che dopo la quasi-tradizione , almeno questa è l' opinione che io adotto. Noi abbiam veduto il perchè di questa riunione del patto, e della stipulazione (qui sopra p. 127).

L' aggiudicazione del giudice stabilisce l' usufrutto, come le servitù prediali, nelle azioni *familiae erciscundae, e communi dividundo* (2). Da ultimo la legge dà in alcuni casi l'usufrutto legale, come sarebbe l' usufrutto dato al padre sopra alcuni beni de' suoi figliuoli (3), di che fra poco avremo a trattare.

Quanto all' uso, o quasi-possesso, egli è cosa ben certa che mai non ha potuto nel dritto antico stabilire un dritto di usufrutto sia pel tempo dell' usucapione , sia anche per un

(1) *D. 33, 2. 19. f. Modest.* Qui si può aggiugnere che l' uso, tranne il caso di una pruova in contrario, era sottinteso ne' frutti. Così quando erasi legato *fructus* era come se si fosse legato *ususfructus*, salvo che non si fosse lasciato ad uno l' uso, ad un altro i frutti, e ad un terzo la proprietà (*D. 7. 8. 14. § 1. f. Ulp.*)—(2) *D. 7. 1. 6. § 1. f. Gai.*—(3) *Inst. 2. 9. §§ 1. e 2.*

tempo di cui non si abbia memoria (1); ma era comunemente ricevuto che Giustiniano avesse nel suo Codice introdotto l'acquisto dell'usufrutto per dieci anni di uso contro i presenti, e venti contro gli assenti. Questa opinione è stata a dì nostri fortemente combattuta e scossa da un giureconsulto alemanno il Zimmern, ed è già abbandonata da parecchi scrittori (2).

II. Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo, et aedibus, verum etiam in servis, et jumentis et caeteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur: nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum, quo numero sunt vinum oleum frumentum, *vestimenta*; quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui: ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur, aut capite minuatur. Caeterae quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant, sed aestimatis his satisdatur, ut si moriatur, aut capite minuatur *tanta pecunia restituatur*, quanti hae fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec

2. L'usufrutto si costituisce non solamente sul fondo, e sulle case, ma eziandio sui giumenti, su' servi, o su tutte l'altre cose, fuor solamente da quelle che si consumano usando, perciocchè questo cose non ricevono usufrutto nè per naturale, nè per civil ragione, nel qual numero sono il vino, l'olio, il frumento, *le vesti* ed il denaro, il quale per lo continuo adoprarsi viene in certo modo a mancare. Ma il senato avendo riguardo al-l'utile giudicò che si potesse eziandio ordinare usufrutto in cosiffatte cose con questo, che per tal riguardo fosse data buona cauzione all'erede. Laonde se l'usufrutto del danaro sarà per legato lasciato a qualcuno, il danaro vien dato al legatario acciocchè sia suo, ed il legatario all'incontro dee dar sicurtà all'erede di restituir altrettanti danari in caso ch'egli si morisse o facesse mutamento di stato. E così medesimamente tutte le altre cose si danno al legatario acciocchè sian sue, ma prima si fanno stima-

(1) *D. 41. 3. 44. § 5. f. Papin.* — (2) Ved. intorno a ciò la *Themis. 4. p. 373.*; *e t. 6. p. 353.* — La costituzione di Giustiniano è nel *Cod. lib. 7. tit. 33. costit. 12.* Dopo aver lungamente esposte e risolute delle difficoltà, che possono nascere relativamente all'assenza, ed alla presenza delle parti per la prescrizione di dieci, o venti anni, l'imperadore termina con questa frase: « *Eodem observando etsi res non soli sint sed incorporales, quae jure consistunt, veluti ususfructus, et caeterae servitutes* ». Queste parole erano state intese nel senso che si applicassero all'acquisto delle servitù, e dell'usufrutto per la prescrizione. Del resto non v'è altro passo che indichi per l'usufrutto questo modo di acquisto. E però il Zimmern non ha creduto che il prolisso imperadore avesse introdotto sì gran cambiamento con sì poche parole, ed egli applica la frase del Codice solamente all'estinzione dell'usufrutto per dieci, o venti anni di non uso.

enim poterat), sed per cautionem *quasi usumfructum*.

re, ed il legatario dà una cauzione all'erede di restituire in caso ch'egli morisse, o mutasse lo stato tanti danari quanti sarà stimato valere le sopradette cose. Il senato adunque non ordinò che tali cose in effetto avessero usufrutto (perciocchè non poteva), ma ordinò un quasi-usufrutto per via di sicurtà.

Qui si tratta della spezie di usufrutto che può essere stabilito sulle cose di consumo in forza delle disposizioni generali di un senato-consulto, la cui data è incerta; egli è fuor di dubbio, siccome già abbiam detto qui sop. p. 141., che questa spezie di usufrutto non esisteva ancora al tempo di Cicerone, sicchè il senato-consulto, per effetto del quale fu introdotto, può riportarsi agli ultimi tempi della repubblica, o al regno di Augusto, o di Tiberio. Ulpiano ci ha tramandata la disposizione espressa del senato-consulto in questi termini: » *Ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret ususfructus legari possit* ». Onde per induzione si è tratta la conseguenza, che si può legare l'usufrutto anche delle cose che si consumano usando. I comentatori han chiamato quest'usufrutto quasi-usufrutto: espressione che rigorosamente non appartiene al dritto romano, quantunque indi siasi dedotta, ma che si può ben adoperare, perchè è comoda ed anche esatta. I testi romani chiamano il dritto così stabilito sempre *usufrutto*, come può vedersi dal nostro paragrafo, e dall'intitolamento stesso del titolo speciale del Digesto: *De usufructu earum rerum quae usu consumuntur, vel minuuntur* (1). Solamente Gaio, e dopo lui il nostro testo fan notare che il senato non ha potuto fare che il dritto così legato fosse un usufrutto; ma però col mezzo del rimedio introdotto cominciò ad esser riguardato come un usufrutto: « *Sed, remedio introducto quasi ususfructus haberi* (2). Ecco l'origine della denominazione speciale di *quasi-ususfructus* divenuta volgare. Avvertite che nella decisione del senato riferita da Ulpiano parimente che negli altri testi che ci son rimasti, si tratta solamente di legati, dal che potrebbesi dedurre che la possi-

(1) *Dig.* 7. 5. — (2) *Ivi* 2. *f. Gai.*

bilità di costituire un dritto cosiffatto fosse stata introdotta pei legati solamente, e ad essi soltanto fosse ristretta.

È bene ancora osservare che l' usufrutto in questo caso ha grande analogia col prestito di consumo (*mutuum*); ma non pertanto ne differisce in più punti: nella maniera come si stabilisce, nel modo come si estingue, nella cauzione che si richiede dall' usufruttuario, ed in alcuni altri ancora.

Vestimenta. Due leggi nel Digesto mettono le vesti tra le cose che ricevono un vero usufrutto (1); le Instituzioni tra quelle, sulle quali si stabilisce un usufrutto di cose di consumo. Infatti è a dire che secondo la loro natura, e la intenzione delle parti possono egualmente esser destinate o a darsi in piena proprietà, o a darsi soltanto ad usare.

Tanta pecunia restituatur. Il testo parla soltanto della stima delle cose, e della promessa di restituire il prezzo di questa stima. Gaio dice nel Digesto che si può o prender questa via che è più comoda (*quod et commodius est*), o assumer l' impegno di restituire gli oggetti nella medesima quantità, e qualità (2).

III. Finitur autem ususfructus *morte usufructuarii*, et duabus *capitis deminutionibus* maxima et media, et *non utendo per modum, et tempus:* quae omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus *si domino proprietatis ab usufructuario cedatur;* nam cedendo extraneo nihil agit; vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Eo amplius si aedes incendio *consumptae fuerint*, vel etiam terrae motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum necesse est, et ne areae quidem usumfructum deberi.

3. L' usufrutto finisce per morte dell' usufruttuario, e per due diminuzioni di capo, cioè la grande e la mezzana, ed eziandio non usando *nel modo convenuto, e pel tempo determinato*; le quali tutte cose sono state ordinate dalla nostra costituzione. L'usufrutto parimente finisce quando l' usufruttuario lo cede al padrone della proprietà, ma cedendolo a persona estranea non opera nulla; ovvero per il contrario se l'usufruttuario acquisterà la proprietà della cosa, il qual'acquisto si chiama consolidazione. Oltre a questo è cosa chiara che l' usufrutto si estingue se si abbruciano le case, o se per debolezza, o per terremoto rovinano, ed il terreno che rimane vacuo non è tenuto all' usufrutto.

Ora passiamo ai modi come finisce l'usufrutto. Il testo

(1) *D. 7. 1. 15. §. 4. f. Ulp.* — *7. 9. 9. §. 3. f. Ulp.* — (2) *D. 7. 5. 7, f. Gai.*

ne annovera cinque: la morte dell'usufruttuario, la sua deminuzione di capo, il non uso, la cessione, la consolidazione, e la perdita, o cangiamento della cosa (1).

Morte. Se l' usufrutto apparteneva ad una città, o corporazione, dovea estinguersi a capo di cento anni termine che ordinariamente la vita dell' uomo non oltrepassa (2).

Capitis deminutionibus. Anche la piccola deminuzione di capo faceva un tempo perdere l' usufrutto. Così allorchè un capo di famiglia davasi in arrogazione, passando con tutti i suoi sotto la potestà dell' arrogatore, i dritti di usufrutto si estinguevano, perchè erano esclusivamente annessi alla persona: or la primiera persona era estinta, ed assorbita in un' altra. Giustiniano decise in una costituzione che non sarebbe più così, e che tra le deminuzioni di capo la grande e la mezzana solamente estinguerebbero l' usufrutto (3). Una quistione fu discussa tra i romani giureconsulti: cioè se l' usufrutto che un capo di famiglia avea acquistato per mezzo del suo servo o del suo figliuolo dovesse estinguersi per la morte, alienazione o liberazione dello schiavo, e per la morte, o diminuzione di capo del figliuolo. Noi sappiamo da' frammenti del Vaticano che questa controversia applicavasi soltanto al caso di usufrutto legato *per vindicationem* allo schiavo, o al figliuolo di famiglia, e non all' usufrutto che avessero acquistato per via di stipulazione; perciocchè in quest' ultimo caso gli avvenimenti che colpivano il figliuolo o lo schiavo, non alteravano il dritto (4). Giustiniano sen-

(1) Si può vedere nei frammenti del Vaticano §§ 57. 61 e seg. e delle Sentenze di Paolo 3. 6. §§ 17. e seg. questa materia secondo il dritto antico — (2) *7. 1. 56. f. Gai.* — (3) *Cod. 3. 33. 16.* — (4) La ragione della differenza è che in un legato fatto allo schiavo, o al figliuolo la persona del padrone non vien considerata altrimenti che per sapere se vi ha fazione di testamento; pel rimanente nella persona dello schiavo, o del figliuolo risiede il legato (*Dig. 31. f. 82. §, 2. Paul.* — *Vatic. J. R. Frag. §. 75*). Sicchè non si potrebbe legare una servitù prediale ad uno schiavo, o ad un figliuolo di famiglia pel fondo del padrone, salvochè non si tratti d' un fondo compreso nel loro peculio (*Vatic. J. R. Fr. § 56.— D. 32. f. 17. § 1. Marci.—D. 33. 3. 5. f. Papin.*). Per contrario nella stipulazione viene unicamente considerata la persona del padrone. Per questo modo si può spiegare il frammento di Paolo (*D. 45. 3. 3. 26. f. Paul.*, e *Vatic. Frag. §. 55.* — Ved. Pellat *de la propriété et de l' usufruit*, p. 104.

za più fare distinzione tra questi diversi casi, decide in una costituzione, che l' usufrutto non sarà estinto che per la morte o, pel mutamento di stato del capo di famiglia; egli vuole di più, che quando quest' usufrutto è stato acquistato per mezzo del figliuolo, esso usufrutto alla morte, o mutamento di stato del padre passi nel figliuolo (1).

Non utendo per modum et tempus. Queste espressioni significano, secondo la comune opinione: « pel non uso secondo il modo conveniente, e per il tempo determinato ». In fatti se l' usufruttuario non avesse esercitato il suo dritto secondo il modo che o la natura dell' usufrutto imperiosamente richiede, o le parti han regolato tra loro, questo dritto, almeno sotto l' impero degli antichi principi, sarebbe stato perduto conformemente a ciò che abbiamo già esposto trattando delle servitù prediali (qui sopra p. 137) (2). Nondimeno il nostro collega Ducaurroy dà un altro senso alle espressioni del testo; egli le riguarda come immediatamente connesse colle parole che seguono, per modo che significhino: « Secondo il modo, e durante il tempo che la nostra costituzione ha determinato ». Esse per tal modo farebbero allusione ad un cambiamento radicale, che la costituzione di Giustiniano avrebbe introdotto non solamente quanto alla durata del tempo, ma ancora quanto al modo prescritto per l' estinzione dell' usufrutto pel *non uso*. Per noi adottiamo l' opinione comune sì perchè la costruzione della frase a questa necessariamente conduce, e sì perchè questa è appunto quella che professa Teofilo, nella cui parafrasi si legge: « Secondo il modo convenuto, e durante il tempo stabilito ».

Quanto al cambiamento radicale, al quale il testo farebbe allusione noi ci siamo già spiegati a riguardo delle servitù prediali (qui sopra p. 138). Questo cambiamento cade senza al-

(1) *Cod.* 3. 33. 17. — (2) Tuttavia l' applicazione ne è molto più ristretta in fatto di usufrutto, che in fatto di servitù prediali; perciocchè basta usare per conservare il *jus fruendi*, o prendere alcuni de' frutti per conservare il dritto relativamente a tutti. Nondimeno supponete che il dritto di usufrutto fosse limitato a determinati frutti, per esempio a raccoglier tutte le uve, e che l' usufruttuario avesse raccolte tutte le biade, senza pur toccare le uve, a capo del tempo fissato egli avrebbe perduto il suo dritto. (*D.* 7. 4. 20. *f. Paul.*).

cun dubbio sul tempo. Questo tempo era una volta lo stesso che quello dell' usucapione: un' anno pe' mobili, due per gli immobili; Giustiniano nella sua costituzione inserita nel Codice sotto il n.° 16. (lib. 3. tit. 33.) vuole che questo tempo sia il medesimo che quello stabilito per la perdita della proprietà: cioè tre anni pe' mobili, e per gl' immobili dieci anni tra presenti, e venti tra gli assenti. Ma il cambiamento introdotto dall' imperadore si limita a ciò che riguarda solo il tempo, o modifica egualmente il modo, cioè le condizioni richieste per l' estinzione? Noi abbiam riferite le parole del'a costituzione : « *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur , quae etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem, vel absentem excludere* ». Il che interpretato alla lettera significa che per respingere l' usufruttuario bisognerebbe che un altro avesse posseduto di buona fede e con una giusta causa di acquisto almeno per la prescrizione di dieci , o venti anni. Dal che seguiterebbe che l' usufrutto non si estinguerebbe più effettualmente pel non uso, ma solo pel godimento di un' altro ; che l' estinzione per dieci o vent' anni non potrebbe più avvenire , che in due casi : 1.° quello in cui un terzo acquirente avesse acquistato di buona fede sia il fondo come libero, sia l' usufrutto da tutt' altra persona che dall' usufruttuario, e ne avesse goduto a questo titolo ; 2.° quello in cui il proprietario avesse acquistato di buona fede la libertà della sua cosa da un terzo che egli avesse creduto usufruttuario, e ne avesse goduto a questo titolo. Da questi due casi in fuori l' estinzione dell' usufrutto per dieci o venti anni non avrebbe alcuna possibile applicazione. Pel proprietario, che avesse goduto del suo fondo come libero non rimarrebbe che la prescrizione di trent' anni contro l' azione dell' usufruttuario (1). Questo sistema, che noi abbiam rigettato in quanto alle servitù prediali, lo rigettiamo egualmente per riguardo all' usufrutto. La costituzione 13. del Codice lib. 3. tit. 34. prova che Giustiniano ha stabilito assolutamente lo stesso dritto per l' usufrutto, e per le servitù prediali, che per l' uno e per le altre egli ha ordinato la pre-

(1) *Cod.* 7. 39. 5.

scrizione di dieci o vent' anni di non uso, e non quella di trenta: egli parlando dell' usufrutto delle cose immobili dice positivamente: « *Ei decennii, vel viginti annorum spatium dedimus* »; adunque ciò che abbiam detto delle servitù prediali (quì sopra p.139) si debb' estendere anche all' usufrutto.

Intorno alla piccola diminuzione di capo, ed al non uso vi ha ciò di notabile, che questi mezzi distruggevano l'usufrutto solamente quando il dritto ne fosse stato già acquistato. Se dunque il legatario pativa la piccola diminuzione di capo innanzi che l' eredità fosse accettata, o il legato fosse divenuto esigibile, egli non acquistava meno il dritto di usufrutto al tempo della scadenza. Questo avea dato origine presso i Romani al legato d' usufrutto per ciascun anno, per ciascun mese, o per ciascun giorno (*in singulos annos, vel menses, vel dies*. Un somigliante legato non costituiva un dritto unico di legato; ma tanti dritti distinti, ciascuno de' quali cominciava in ciascun anno, mese, o giorno, per modo che il non uso non poteva trar seco la perdita di questi dritti, e la diminuzione di capo non poteva estinguere che l' usufrutto dell' anno, del mese, o del giorno cominciato (1).

Si domino cedatur. Questo passo è tratto da Gaio (2), ma è mutilato. Ne' comentari di questo giureconsulto trattavasi dell'*in jure cessio*. Siffatta cessione essendo una revindicazione simulata, seguita dalla dichiarazione, che l' usufrutto si apparteneva al revindicante, non poteva farsi regolarmente che dal proprietario a colui al quale ei voleva donar l' usufrutto o dall' usufruttuario al proprietario, al quale ei voleva render l' usufrutto. Se l' usufruttuario l' avesse fatta ad un terzo sarebbe stata assolutamente nulla e senza effetto (*nihil agit*) almeno secondo l' avviso di Gaio; perciocchè l' usufrutto essendo un dritto annesso alla persona, non poteva esser rivendicato da altri, nè dichiararsi che ad altri appartenesse (3). Sotto

(1) *D. 7. 4. 1. §§ 1. e seg. f. Ulp.—Ivi 28. f. Paul.*—(2) *Gai 2. § 30.* — (3) Nondimeno risulta da un frammento di Pomponio (*D. 23. 3. 66.*) che l' opinione di Gaio non era la sola ammessa tra i giureconsulti romani. Secondo Pomponio l' *in jure cessio* senza dubbio non potrà trasferire l'usufrutto ad un terzo rivendicante, ma l' usufruttuario non avrà più che pretendervi, giacchè egli non ha contrastato che questo usufrutto apparte nesse ad altri; l' usufrutto adunqne finirà, é farà ritorno alla proprietà.

Giustiniano la cessione *in jure* non esiste più, e la frase di Gaio che quì mal' a proposito si è inserita, non dee più altrimenti esser presa che nel senso, che l' usufruttuario non può trasferire ad altri il suo dritto in se medesimo, comechè possa cederne l' esercizio.

Consumptae fuerint. Perchè l' usufrutto si estingua non è necessario che la cosa sia interamente perita, è sufficiente ch' essa non sia più quella ch' era in prima, che sia distrutto ciò che formava il principale, l' essenziale nella sua maniera di essere; e questo esprime Giustiniano dicendo ch'esso spira con la sostanza della cosa (*cum rei substantia expirare*); ed anche per questa ragione Paolo dice *rei mutatione* (1). Sicchè, distrutto l' edifizio, nè il suolo, nè le ruine son più soggette all' usufrutto; èd il dritto non rinasce, come nelle servitù prediali, dopo la riedificazione. Ridotto il gregge ad un sol capo, si estingue l'usufrutto, perchè non vi è più gregge; morto il cavallo l'usufrutto non si estende sul cuoio, etc. (2).

Ci sono ancora degli altri casi di estinzione, come sarebbe il termine, o la condizione, quando l' usufrutto si è stabilito fino ad un certo tempo, o ad una determinata condizione. Di tutti questi modi di estinzione solo la morte, o le diminuzioni di capo dell' usufruttuario, il termine, o la condizione possono applicarsi alle cose che si consumano usando.

IV. Cum autem finitus fuerit *totus ususfructus*, revertitur ad proprietatem, et eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

4. E quando l'usufrutto *è tutto finito* si ritorna alla sua proprietà, ed il padrone della semplice proprietà comincia allora ad aver piena potestà nella cosa.

Totus ususfructus. L' usufrutto non essendo indivisibile, come le servitù prediali, potrebbe estinguersi in parte, ed allora solo la parte estinta si riunirebbe alla proprietà. Così sarebbe se, per esempio, un testatore avesse legato a Tizio l' usufrutto della metà di una casa, ed a Seio l' usufrutto

Ved. delle idee analoghe in ciò che lo stesso Gaio dice della cessione *in jure* di un' eredità (*Gai 2. §§ 35. e 36.*) Ved. ancora Pellat *De la propriété et de le usufruit p. 99.* — (1) *Cod. 3. 33. 16. § 2.* — *Paul. Sent. 3. 6. § 31.* — (2) *D. 7. 4. 12. f. Ulp. 30. f. Gai. e 31. f. Pomp.*

dell' altra metà. Ma se il testatore avesse legato a Tizio, ed a Seio congiuntamente l' usufrutto di tutta la casa, o anche separatamente a Tizio l'usufrutto di tutta la casa, a Seio l'usufrutto della medesima casa; in questa ipotesi dopo la morte del testatore, essendosi l' usufrutto diviso tra i due legatari, se uno di loro venisse a morire, la sua parte non ritornerebbe alla proprietà, ma per diritto di accrescere si riunirebbe a quella del collegatario sopravvivente. Questo diritto di accrescere importantissimo ne' legati ha ciò di particolare nell' usufrutto, che produce il suo effetto anche dopo la scadenza del legato di usufrutto, e l' esercizio di questo dritto (1).

TITULUS V.	TITOLO V.
DE USU, ET HABITATIONE.	DELL'USO, E DELL' ABITAZIONE (2).

Noi quì seguiremo interamente la teorica del Thibaut, e del Ducaurroy. L' uso può esser separato da' frutti, ed allora vien detto *nudus usus*: « *Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu* (3); in questo caso l' usuario ha il dritto di usare, ma non di raccogliere i frutti: « *Uti potest, frui non potest* » (4). Noi di già abbiamo indicata la differenza tra questi due dritti (quì sopra p.143). L' usuario ha tutto l' uso, perciocchè questo dritto è per lui separato dalla proprietà, ed è anche da' Romani riguardato come indivisibile, quindi non si può nè acquistare, nè perdere in parte (5). È dunque un grave errore il credere che l' usuario non abbia dritto all' uso che fino alla concorrenza de' suoi bisogni; egli non è obbligato di lasciarne a colui al quale si appartengono i frutti che quel tanto che è indispensabile per far nascere, e raccogliere questi frutti. Ma l' usuario non può assolutamente prendere alcun prodotto della cosa, nè frutto naturale, nè frutto civile. Egli dunque non può affittare, nè vendere ad altri

(1) *V. al Dig. lib. 7.* il titolo consacrato a questo soggetto: *De usufructu adcrescendo.* — (2) Il sistema del nostro dritto francese su questa materia differisce compiutamente da quello de' Romani — (3) *D. 7. 8, 1. f. Gai.*—(4) *Ivi 2. f. Ulp.* Questo dritto dunque è *jus rebus alienis, salva earum substantia utendi, sed non fruendi*—(5) *Ivi 19. f. Paul.*

l'esercizio del suo dritto, perciocchè il prezzo ch'ei ritrarrebbe, sarebbe un prodotto, un frutto civile. Tale era il dritto rigoroso. Nonpertanto l'interpretazione de' giureconsulti vi ha successivamente apportato talune modificazioni. Così talvolta perchè il solo uso della cosa non avrebbe recato alcun prò, talvolta perchè le volontà de' testatori debbono esser favorevolmente interpretate, la giurisprudenza ha dato all'usuario taluni frutti, e questo dritto eccezionale è stato ristretto a' suoi bisogni giornalieri. Alcune volte gli si è anche lasciata la facoltà di affittare, ma tutte queste concessioni non debbon esser prese per la regola generale, di cui non sono che eccezioni. Il testo viene ad offrirci l'applicazione di tutti cosiffatti principi.

Iisdem illis modis quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.

Per quei modi che si stabilisce l'usufrutto, per quei medesimi si suole stabilire l'uso semplice, e finisce per quei modi, per i quali finisce anco l'usufrutto.

I. Minus autem juris est in usu, quam in usufructu. Namque is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis, et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt impedimento. Nec ulli alii jus quod habet aut locare, aut vendere, *aut gratis concedere* potest: cum is qui usumfructum habet possit haec omnia facere.

1. Ma il dritto è minor nell'uso, che nell'usufrutto. Imperocchè colui, che ha l'uso semplice del fondo non s'intende che abbia altro, che l'uso quotidiano degli erbaggi, de' frutti, de' fiori, del fieno, dello strame e delle legna. E può dimorar nel medesimo fondo ogni volta ch'ei non sia molesto al padrone del fondo, nè d'impedimento a' lavoratori; e non può ad alcun altro affittare, o vendere, o donare il dritto ch'egli ha, le quali tutte cose può far colui che ha l'usufrutto.

Questo paragrafo è relativo all'uso d'un fondo rustico. Ciò che l'usuario ha in questo caso per la natura del *jus utendi* è la facoltà di dimorare di passeggiare, di farsi portare sul fondo (*deambulandi et gestandi*); di usar egli solo, dell'abitazione per intero tanto se sia un semplice fondo rustico, quanto se sia una casa di delizia (*villae et praetorii*); di servirsi egli solo delle cantine da ripor vino o olio, finalmente d'impedire al padrone, o alle sue persone di venir-

sul fondo, tranne che non vengano per la cultura (1). Ma questi dritti d' uso sono in effetto poca cosa per quanto riguarda il fondo; e però i giureconsulti per estensione concedettero all' usuario alcuni frutti pe' suoi bisogni quotidiani Intorno a ciò non eran tutti di accordo; alcuni concedevano ed altri negavano taluni prodotti, come la paglia, l' olio, le biade; taluni volevano che l' usuario non potesse consumar questi frutti che sul luogo medesimo, altri gli permettevano di trasportarli in città. Le quali tutte concessioni, al dire d' Ulpiano, debbon esser regolate secondo la quantità de' prodotti che dà il fondo (*si abundent in fundo*), e secondo la dignità dell' usuario (*pro dignitate ejus cui relictus est usus*).

Aut gratis concedere. L' usufruttuario ha dritto a tutto l' uso, ed a tutti i frutti, poco importa al proprietario se egli stesso li prenda, o qualche altro; egli dunque può cedere ad altri l' esercizio del suo dritto. L' usuario anche ha tutto l' uso. Perchè dunque non gli è permesso di farne profittare un altro? La ragione è che affittando, o vendendo i benefizi dell' uso non si userebbe più della cosa, ma se ne caverebbe un prodotto civile. Era mestieri che si vietasse eziandio la cessione gratuita, la quale sarebbe stata un mezzo di eludere la proibizione, e da un altro lato il piacere di donare è anch' esso pel donante un prodotto, giacchè esso è l' equivalente, la rappresentazione del prezzo della cosa donata. Ecco perchè nel dritto romano l' uso quantunque comprenda tutti i servigi, deve esclusivamente essere esercitato dall' usuario (2).

II. Item is qui aedium usum habet, hactenus jus habere intelligitur: ut ipse tantum habitet: nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat, et cum uxore liberisque suis, item libertis nec non aliis liberis personis, quibus non mi-

2. Similmente colui che ha l' uso delle case s' intende che abbia il diritto di abitarle egli solamente, e non può trasferir questo dritto a niun altro, e par che appena si sia conceduto ch' egli possa ricevere un forestiere in casa, e che possa abitar con la moglie, con i suoi figliuoli,

(1) *D. 7. 8. 10, § 4.; 12. p. § 1. ff. Ulp.* — (2) Nel dritto francese siccome l' uso è il dritto di prendere de' frutti pe' bisogni quotidiani, e questi bisogni variano con le persone, questa è la ragione che impedisce di cedere l' esercizio del dritto.

mus, quam servis utitur, habitandi jus habeat; et convenienter si ad mulierem usus aedium pertinet, cum marito ei habitare liceat.

co' liberti, e con altre persone libere, dell'opera delle quali si serve non meno che degli schiavi; e che se l'uso delle case sia lasciato alla donna, ella vi possa abitare insieme col marito.

Per quanto sia poco numerosa la famiglia dell' usuario, il proprietario non può occupare la menoma parte della casa, perciocchè l' usuario ha il *jus utendi* in totalità (1). Ma questi dee usarne egli stesso; il testo c' indica le concessioni che gli sono state fatte a questo riguardo. Noi vediamo anche nel Digesto che, se abitando la casa egli vi ricevesse un locatario, non gli si dovrebbe invidiar questo guadagno (2).

III. Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum operibus et ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento.

3. Parimente colui al quale appartiene l'uso dello schiavo, può egli solamente servirsi dell'opera di lui, ma non gli è conceduto in modo alcuno, ch' egli trasferisca il suo dritto in altra persona. Il medesimo s' intende essere pel giumento.

L' uso di uno schiavo, o d' una bestia da soma essendo per se stesso molto vantaggioso, non è paruto dover dare alcuna estensione a questo dritto. Del resto il capo di famiglia è sempre reputato di usare egli stesso, quando adopera la cosa per mezzo della sua donna, o de' suoi figliuoli, perocchè l' uso di ogni cosa è comune tra il marito, e la moglie (3).

IV. Sed et si pecorum, veluti ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

4. Ma se l'uso del bestiame, delle pecore per esempio, sarà lasciato per legato, l'usuario non ne avrà nè latte, nè agnelli, nè lana, perciocchè cosiffatte cose sono in conto di frutto; ma può usar il bestiame ad ingrassar i suoi terreni.

Tal' è il dritto rigoroso. Ma quest' uso del bestiame è quasi che nullo; e però Ulpiano dice nel Digesto ch' egli pensa poter l' usuario prendere un pò di latte, perchè qui si tratta di legato, e le volontà del defunto non debbono ricevere un' interpretazione così rigorosa (4).

(1) *D. 7. 8. 22, § 1. f. Pomp.* — (2) *Et si pensionem percipiat dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum* (*D. 7. 8. 4. f. Ulp.*) — (3) *D. 7, 8. 9. f. Paul.; 12. § 5. f. Ulp.*—(4) *Hoc amplius etiam mo-*

Vi ha de' casi in cui il legato d'uso è al tutto assomigliato al legato di usufrutto. Tale è secondo una decisione di Adriano il legato d'uso sopra un bosco ceduo, perocchè senza quest'interpetrazione quest'uso sarebbe inutile (1); tale è eziandio il legato d'uso sopra cose che si consumano usando (2).

L'uso, i frutti, e la nuda proprietà possono esser separati, ed appartenere a tre persone differenti: « *Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus, sine usu, apud alium proprietas* » (3). In questo caso l'usuario prenderà in generale tutto l'uso, tutti i servigi, e di più i frutti che per estensione gli son conceduti; quegli al quale son dovuti i frutti prenderà tutti i frutti, tranne quelli conceduti all'usuario; egli avrà ancora dritto all'uso necessario per coltivare, e raccogliere; tutti gli altri dritti apparterranno al proprietario (4).

V. Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus, quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

5. Ma se per via di legato, o per altro modo qualunque sarà stata data l'abitazione a qualcuno, non par che questo sia uso, nè usufrutto, ma quasi un certo particolar dritto. Noi per utilità della cosa abbiam permesso per nostra decisione pubblicata secondo il parer di Marcello, che coloro i quali hanno l'abitazione, non solamente possano abitare, ma eziandio affittare ad altre persone.

Le sole nozioni storiche possono spiegare la differenza dell'abitazione con l'uso, e l'usufrutto. L'abitazione non era da prima annoverata tra le servitù personali; giacchè non se ne conoscevano altre relativamente ad una casa che l'uso, o l'usufrutto. Ma se un testatore lega l'*abitazione* che cosa conterrà siffatto legato? Quì vi ha gran controversia: secondo alcuni la casa stessa, l'abitazione debb' intendersi che sia

dico lacte usurum puto; neque enim tam strictas interpretandas sunt voluntates defunctorum (Ivi § 2.) — (1) *Ivi 27. f. Pomp.* — (2) *D. 7. 5. 5. § 2. f. Ulp.* — (3) *D. 7. 8. 14. § 5. f. Ulp.* — (4) Si alii usus alii fructus ejusdem rei legetur: id percipiet fructuarius quod usuario supererit. Nec minus et ipse fruendi causa et usum habebit (*D. 7. 1. 42. f. Florent.*).

lasciata in proprietà (1); secondo altri la semplice facoltà di abitare; ma per quanto tempo? Anche intorno a ciò vi ha dissidenza; secondo alcuni per un anno, perciocchè non si è voluto dar alloggio al legatario per un giorno solo, nè per tutta la sua vita; secondo altri per tutta la sua vita (2). Questo avviso è prevaluto. Ciò posto qual benefizio darà il legato di abitazione? quello di occupare la casa con la sua famiglia come nell'uso, o quello di affittarla come nell'usufrutto? Su questo punto nuova controversia; nondimeno la maggior parte negavano la facoltà di affittare. Ma l'abitazione così regolata, ed assomigliata quanto a' suoi effetti all'uso (*effectu quidem*) non gli era però al tutto assomigliata quanto alla sua natura. L'abitazione non costituiva una vera servitù personale, essa non era, propriamente parlando, un dritto unico, uno smembramento del dominio, ma solamente un fatto, un vantaggio quotidiano aperto ed acquistato giorno per giorno al legatario: « *Tale legatum in facto potius, quam in jure consistit* » (3). In conseguenza mai non poteva perir pel non uso, o per la piccola diminuzione di capo (4). Tale è la sua natura anche sotto Giustiniano, il quale la considera come una servitù particolare, e l'avvicina ne' suoi effetti all'usufrutto concedendo il dritto di affittare.

Del lavoro degli schiavi.

Il legato del lavoro d'uno schiavo (*operarum servi*) era anche meno che l'abitazione, una vera servitù personale. Un tal legato dava al legatario il dritto di profittare de' servigi, e del lavoro dello schiavo, ed ancora di affittarli, nella qual cosa rassomigliava all'usufrutto. Ma del pari che l'abitazione questo dritto era un vantaggio quotidiano aperto ed acquistato giorno per giorno, il quale non si estingueva nè per la piccola diminuzione di capo, nè pel non-uso. Che anzi (e ciò compiutamente lo separa dalle servitù personali) la morte del legatario non lo estingueva, ma esso passava a' suoi eredi, che ne godevano fino a che lo schiavo non si morisse. Se

(1) *Cod.* 3. 33. 13. — (2) *D.* 7. 8. 10. § 3. *f. Ulp.* — (3) *D.* 4. 5. 10. *f. Mod.* — (4) *D.* 7. 8 10. *pr. f. Ulp.*

alcuno acquistava questo schiavo per usucapione, il dritto al lavoro era estinto (1). Giustiniano ha consacrato a questa materia un titolo del Digesto tra l'usufrutto, e l'uso mettendo così in certa guisa questo dritto nel numero delle servitù personali, dalle quali tanto differisce per sua natura.

VI. Haec de servitutibus, et usufructu, et usu, et habitatione dixisse sufficiat. De hereditatibus autem, et obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res acquiruntur, modo videamus quibus modis legittimo et civili jure acquiruntur.

6. Ora basti aver detto fino a qui delle servitù, dell'usufrutto, dell'uso, e dell'abitazione. Dell'eredità, e delle obbligazioni diremo a suo luogo. Abbiamo sommariamente esposto in che modo le cose si acquistino da noi per dritto delle genti, ora vediamo per quali modi si acquistino per dritto legittimo, e civile.

Questo paragrafo ci mostra quanto sia irregolare l'andamento delle Instituzioni. Dopo aver trattato della divisione delle cose si è passato ai modi naturali di acquistarle, di poi si è ritornato alla divisione delle cose corporali, ed incorporali, quindi dopo aver trattato delle servitù, lasciando per ora le eredità, e le obbligazioni, si torna di nuovo ai modi di acquistare per esporre quelli che appartengono al dritto civile.

Azioni relative alle servitù.

Non essendo le servitù, in quanto son cose incorporali, suscettive di vero possesso, gl'interdetti generali dati dal pretore per proteggere il possesso non potevano rigorosamente applicarsi nel caso di servitù. Nonpertanto perchè erasi ammessa per queste una spezie di possesso, fu forza, come dice Giavoleno, che medesimamente si ammettessero degl' interdetti in certo modo possessorî (*Interdicta veluti possessoria*) (2). Così gl'interdetti generali *uti possidetis* ed *utrubi* dati per far mantenere il possesso, il primo a riguardo degl'immobili, il secondo a riguardo de' mobili, e l'interdetto *unde vi* dato per farlo restituire, quando per violenza si era tolto, furono applicati alle servitù tanto personali, quanto reali, non già direttamente; perciocchè questo non era il caso

(1) D. 7. 7. 5. Terent. 33, 2, 2. f. Pap. —(2) Dig. 8. 1. 20. f. Javol.

preciso di siffatt'interdetti, ma *utilmente* per estensione, e per ragione di utilità, e modificando la formola secondo la natura particolare di cosiffatti dritti. La qual cosa chiaramente possiam vedere, a riguardo dell'usufrutto, ne'Frammenti del Vaticano, i quali ci han conservate alcune di queste modificazioni formolarie (1). Inoltre, e probabilmente innanzi che si facesse questa estensione utile degl'interdetti generali, parechi speciali interdetti erano stati dal pretore introdotti per proteggere particolarmente il quasi-possesso di certe servitù rustiche più antiche, e più importanti nell'economia sociale de' Romani. Tali erano: l'interdetto *de itinere actuque privato* relativo al dritto di passaggio, o di condotta; *de aqua quotidiana et aestiva* per le servitù degli acquidotti; *de fonte* pel dritto di attingere, ed abbeverare. Quest'interdetti aveano per iscopo di mantenere nel lor godimento quelli che per un anno aveano usato di tali dritti *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* (2). Altri ne eran dati per vietare che s'impedisse colui che godeva della servitù dal fare i lavori necessari pel suo esercizio: l'interdetto *de ripis* per la riparazione de' condotti di acqua; *de cloacis* per quella delle fogne (3).

In quanto alla rivendicazione delle servitù prediali, o personali due azioni vi eranno presso i Romani; l'azione confessoria, e l'azione negatoria (*actio in rem confessoria; actio in rem negatoria*). La prima si dava al proprietario della servitù contro colui che contrastava il suo dritto, o che vi metteva ostacolo, per sostenere che la servitù gli apparteneva. In questo caso non si trattava di pronunziare sul fatto, sul possesso, ma sul dritto medesimo. L'attore poteva intentar quest'azione anche quando trovavasi nel quasi-possesso della servitù, per la sola ragione che gli si voleva recar molestia nel suo esercizio. L'azione negatoria si dava al proprietario del fondo, o della cosa contro colui che vi prendeva, o voleva prendervi un dritto di servitù, per sostenere ch'egli non avea questo dritto, e che la cosa era libera da questa servitù. Bisogna bene avvertire di non con-

(1) *Vatic. J. R. Fragm.* §§ *90. a 95.* — *Dig. 43. 16. 3.* §§ *13. e seg. 43. 17. 4. f. Ulp.* — (2) *D. 43. tit. 19. 20. e 22.* — (3) *Ivi 21. 23.*

siderare quest'azione, come la difesa contro l' azione confessoria: l'azione è un mezzo di attacco, non di difesa; e quì il proprietario è quello che attacca; la sua azione è reale, perchè egli rivendica la sua cosa, o piuttosto la servitù, la frazione del dominio che gli si vuol torre, sostenendo che niuno si abbia questo dritto, e per conseguenza questa frazione appartenga a lui. Siffatta azione ha, come l'azione confessoria, ciò di particolare, che quantunque sia reale, può esser intentata anche da colui che è in possesso, dal momento che si pretende usurpare la sua proprietà (1).

In certi casi si poteva eziandio avere delle azioni personali (*in personam*) relativamente a servitù. Per esempio se una servitù fosse stata promessa in un patto inserito non già nella tradizione, ma in un atto di vendita (*actio empti, o venditi*); ovvero se fosse stata promessa per via di stipulazione con clausola penale (*actio ex stipulatu*) (2).

Dritti reali diversi dalla proprietà, e dalle servitù.

Oltre la proprietà, e le differenti servitù, la cui esistenza rimonta fino agli antichi tempi del dritto civile romano, più tardi nella progressione storica delle istituzioni si sono introdotti tre altri dritti reali, che sono delle frazioni, o modificazioni notabili della proprietà, e che quì si debbono indicare per dar compimento alla enumerazione de' dritti reali che in quanto ai beni si possono avere.

Questi tre dritti reali sono: il dritto di enfiteusi (*jus emphyteuticarium* o semplicemente *emphyteusis*); il dritto di superficie (*jus superficiarium*; o semplicemente *superficies*); ed il dritto di pegno o ipoteca (*pignus* o *hypotheca*). Il primo appartiene al dritto civile, nel quale ha preso origine a poco a poco, e per via indiretta per una tal somiglianza con le istituzioni di già stabilite, e nel quale non si è ben determinatamente manifestato con un carattere tutto suo, se

(1) Questa circostanza che l'azione *in rem* può essere intentata anche dal possessore è tutta particolare, e richiede delle spiegazioni che più innanzi daremo. Ved. su queste azioni *Inst. 4. 6. § 2. D. 7. 6.* — *8. 5.* —
(2) Vedi quì sopra p. 127. — *D. 8. 2. 35. f. Marcian.*

non negli ultimi tempi del Basso Impero poco prima di Giustiniano. Gli altri due sono di creazione pretoria.

La cagione perchè queste spezie di dritti reali non si trovano negli scritti della giurisprudenza romana al medesimo livello che la proprietà e le servitù, è senza dubbio da recarsi alla loro origine tardiva, o estranea al dritto civile. Le Instituzioni di Giustiniano passando interamente sotto silenzio il dritto pretorio di superficie, non trattano del dritto di enfiteusi che all'occasione del contratto nel quale si conviene di stabilirla (quì appresso lib. 3. tit. 24. § 3.), e del dritto di pegno o ipoteca, all'occasione dell'azione che nasce da questo dritto (quì appresso lib. 4. tit. 6. § 7.). Quivi noi, per seguir l'ordine del testo, ne tratteremo in particolare contentandoci per ora di darne la nozione generale.

L'enfiteusi considerata indipendentemente dalle convenzioni che la regolano, dalle obbligazioni che l'accompagnano, unicamente come dritto reale, è uno smembramento particolare del dritto di proprietà più esteso che l'usufrutto medesimo, il quale si applica soltanto agl'immobili, da prima ai soli fondi rustici, e di poi agli edifizi. Chiamasi enfiteuta (*emphyteuta*, qualche volta *emphyteuticarius*, anticamente *conductor*) quegli che ha questo smembramento; e *praedium emphyteuticarium* (anticamente *ager vectigalis*) l'immobile che ne forma l'oggetto; quegli al quale rimane il resto del dritto di proprietà conserva il titolo di proprietario (*dominus*).

L'enfiteuta non solamente ha, come l'usufruttuario, il dritto di ritrarre tutt'i servigi, e tutt'i frutti dall'immobile, ma è anche possessore; i frutti si acquistano da lui per la semplice separazione dal suolo; egli può disporre della sostanza della cosa, e farvi tutte le modificazioni che vuole, purchè non la deteriori; egli può alienare il suo dritto, e trasferirlo ad altri o durante la sua vita, o pel tempo della sua morte, però sotto alcune riserve e condizioni concedute al proprietario. In fine questo dritto non finisce, come l'usufrutto, con l'enfiteuta, ma passa ereditariamente a' suoi successori testamentari, o *ab intestato*.

Il dritto di enfiteusi si produce costantemente con diverse obbligazioni personali all'enfiteuta, di cui la principale

è di pagare al proprietario in epoche periodiche stabilite un censo che chiamasi *pensio*, o *canon*. Questo censo è dovuto al *dominus* non solo come adempimento dell'obbligazione personale dell'enfiteuta, ma eziandio come conseguenza del dritto reale di proprietà, ch'egli ha conservato sull'immobile.

Il dritto di enfiteusi, nel fatto, vedesi stabilito usualmente presso i Romani in esecuzione di una particolare convenzione, che gli antichi giureconsulti riguardavano alcuni come vendita, altri come affitto, ma l'Imperadore Zenone le attribuì un'esistenza, un nome (*emphyteusis*), ed un'azione (*emphyteuticaria actio*) esclusivamente propria. Ma si vuol por mente che questo contratto non ha altro effetto che quello comune a tutt'i contratti, cioè di obbligare le parti, ma non produce il dritto reale di enfiteusi: perchè questo dritto reale esista è necessario che se ne sia avuta la quasi-tradizione.

Stabilito il dritto di enfiteusi, benchè l'enfiteuta non sia proprietario, pure gli si concedono per la protezione di questo dritto, ma solamente sotto la qualifica di azioni utili, le azioni ordinariamente attribuite ai proprietari (*utilis vindicatio, utilis publiciana, utilis confessoria vel negatoria etc.* (1).

Il dritto di superficie (*jus superficiarium*, o solamente *superficies*) è un dritto reale analogo a quello che ha l'enfiteuta sul fondo enfiteutico, ma che ha per oggetto solamente la superficie d'un terreno (*superficies*), vale a dire ogni costruzione elevata al disopra del terreno. Il superficiario (*superficiarius*) ha così, ma solamente in quanto alla superficie, uno smembramento esteso della proprietà, e gli si danno a quest'oggetto, come all'enfiteuta, sotto la qualifica di azioni utili, le stesse azioni che si danno al proprietario. Siffatta concessione gli può esser fatta gratuitamente, o a titolo oneroso, col carico di pagare un prezzo per una volta sola, o un censo periodico (*solarium, pensio*). Per siffatte convenzioni non vi è un contratto particolare, ma solamente le forme ordinarie de' contratti; e si avverta bene che il contratto così quì come a riguardo dell'enfiteusi, non ha che il suo consueto effetto,

(1) Vedi su questa materia : Dig. 6. 3. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur* — Cod. 4. 66. *De jure emphyteutico* — Nov. 7. c. 3. ; e nov. 120.

cioè di produrre obbligazione tra le parti; ma per lo stabilimento del dritto reale si richiede che sia seguito dalla quasi-tradizione. Questo dritto, e la protezione che gli è conceduta non appartengono al dritto civile, ma sono di origine pretoria (1).

Il dritto di pegno o ipoteca (*pignus hypotheca*) considerato non già sotto l'aspetto del contratto o della convenzione che lo costituisce, ma unicamente come dritto reale è un dritto, pel quale una cosa si trova destinata per sicurezza al pagamento di un debito. Questo dritto può aver per oggetto così i mobili, come gl'immobili, così le cose incorporali, come le corporali.

I vantaggi che esso conferisce al creditore con pegno, o ipotecario sono: 1.° il dritto di far vendere la cosa per esser pagato sul prezzo (*jus vendendi, seu distrahendi*) 2.° il dritto d'esser pagato sul prezzo in preferenza degli altri creditori; 3.° il dritto di rivolgersi contro i terzi-detentori per garentia, ed esercizio de' dritti sopradetti. Tra diverse ipoteche il dritto di preferenza si determina per la data del loro stabilimento; il primo in data, è il primo in grado: « *Potior tempore, potior jure.* » Tuttavia vi ha talune ipoteche, alle quali, per eccezione ed indipendentemente dalla loro data, si è conceduto uno special dritto di preferenza, le quali prendono grado non secondo il tempo del loro stabilimento, ma secondo il grado di favore col quale son riguardate, e le quali primeggiano così anche le ipoteche stabilite prima di esse. I moderni han dato alle ipoteche che godono di questa preferenza il titolo di ipoteche *privilegiate*, o il nome di *privilegi*: denominazioni che i Romani non hanno usato in questo senso tecnico e speciale.

Benchè sotto il riguardo del contratto o della convenzione che serve a costituire il dritto ipotecario si distingua il pegno (*pignus*) dall'ipoteca (*hypotheca*) e si riservi spezialmente la prima denominazione pel caso in cui la cosa obbligata al pagamento del debito è data in mano del creditore, mentre la seconda più comunemente si usa pel

(1) V. Dig. 43. 8. *De superficiebus*.

caso che questa consegna non ha luogo, pure in quanto al dritto reale che ne risulta, le due espressioni sono interamente sinonime, e sotto questa relazione è esatto il dire secondo Marciano: « *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.* »

Questo dritto reale di origine e di sanzione tutta pretoria presenta questa particolarità ben notabile che la sola convenzione senza alcuna tradizione, o quasi-tradizione è sufficiente a costituirlo in qualità di dritto reale.

Il creditore ipotecario ha per esercitare il suo dritto contro ogni detentore della cosa ipotecata un azione reale pretoria detta *quasi-serviana*, ed alcune volte *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*, *persecutio hypothecaria*, *pignoratitia in rem* o anche semplicemente *pignoratitia actio*, benchè quest'ultimo nome sia spezialmente riservato all'azione personale che ha per oggetto l'adempimento delle obbligazioni nate dal contratto di pegno (1).

TITULUS VI. — TITOLO VI.

DE USUCAPIONIBUS, ET LONGI TEMPORIS POSSESSIONIBUS. — DELL'*USUCAPIONE* E DEL POSSESSO DI LUNGO TEMPO.

Il testo qui passa ai modi di acquistare secondo il dritto civile: e da prima esamina quelli, pei quali si acquistano oggetti particolari.

L'usucapione era nel dritto primitivo annoverata tra i modi civili di acquistare il dominio romano. Noi l'abbiamo sufficientemente fatto conoscere (quì sopra p. 10 e 21 e seg.) per non avervi più a ritornar sopra; ricorderemo solamente che essa avea due principali effetti: quello di dare il dominio di una cosa che si era ricevuta di buona fede da chi non ne era proprietario, e quello di dare il dominio di una cosa, la quale per essere *res mancipi*, e per essersi data per via di semplice tradizione era solamente entrata *in bonis*.

Siccome il suolo provinciale (salvo i territori che per ispecial favore aveano ottenuto il *jus italicum*) non partecipava al dritto civile, e non era neppur suscettivo di pro-

(1) Ved. quì appresso lib. 4. tit. 6. § 7.

prietà privata, perchè si reputava appartenere al popolo, o a Cesare, così l'usucapione non era applicabile ad esso. Non si poteva pel possesso divenir proprietario d'un terreno, che rigorosamente non era suscettivo di proprietà. In queste congiunture i pretori co' loro editti provinciali introdussero per quest'immobili, e gl'imperadori confermarono con le loro costituzioni (1) non già un modo di acquisto pel possesso, ma ciò che fu chiamato prescrizione di lungo tempo (*praescriptio lonqi temporis*) data a capo di dieci anni di possesso, tra presenti, e venti tra assenti.

Alcune manifeste differenze dividevano l'usucapione dalla prescrizione: 1.° L'usucapione era un modo di acquistare il dominio (*capio usu*; acquisto per l'uso, cioè pel possesso); per conseguenza al termine del tempo stabilito, un anno pe' mobili, e due per gl'immobili si era proprietario, si avea il dritto di rivendicare la cosa contro ogni possessore. Per contrario la prescrizione non era un modo di acquistare, ma solamente di respingere l'azione del proprietario (2); se questi rivendicava la sua cosa nel termine, se gli dovea restituire; ma passato il termine, la sua azione veniva respinta per la prescrizione. Sicchè questa *prescrizione* produceva presso a poco il medesimo effetto di un'*eccezione*; essa più tardi fu convertita in eccezione e noi veggiamo i giureconsulti Paolo, Ulpiano, ed altri usare indifferentemente queste due parole in siffatta materia (3). Dal che seguita che

(1) *Dig. 18. 1. 76. f. Paul.*—(2) Rigorosamente non vi era proprietario, perchè si trattava del suolo provinciale, ma noi sappiamo che le possessioni provinciali, tuttochè non fossero vere proprietà, eran protette in un modo presso a poco equivalente (*V. Gener. del dr. rom. num. 40 e 43*; e *quì sopra p. 134., nota*).—(3) In origine vi è stata una differenza tra le *prescrizioni*, e le *eccezioni*. La parola prescrizione, che noi oggi usiamo tanto come modo di acquistare che come mezzo di liberarsi è talmente sviata dalla sua prima significazione che alcune spiegazioni su questo soggetto non saranno inutili. Si chiamavano prescrizioni (da *prae scribere*) certe restrizioni messe al cominciamento della formola diretta al giudice dal pretore. Siffatte restrizioni erano messe a richiesta dell'attore o del convenuto. Quelle messe per l'attore aveano per iscopo di restringere la sua domanda alle sole cose ch'egli avea attualmente il dritto di chiedere, e d'indicare al giudice, ch'egli non dovea incaricarsi delle altre. Per esempio quando una sola parte del debito era scaduta, la prescrizione era così formolata: *ea res agatur*, *cujus rei dies fuit*; quindi seguiva il resto della formola. Le prescrizioni

colui il quale avea il possesso di lungo tempo non poteva secondo il dritto civile intentare l'azione di rivendicazione; nondimeno egli otteneva dal dritto onorario un azione pretoria (1). 2.° L'usucapione dava il dominio della cosa coi carichi ond'era gravata. Se un creditore avea su di essa un dritto di pegno, o d'ipoteca, egli lo conservava anche dopo l'usucapione (2). Per contrario la prescrizione poteva essere opposta non solamente al proprietario, ma anche a colui, che avendo un dritto sulla cosa, come un dritto di pegno, o d'ipoteca, non l'avea esercitato (3). 3.° L'usucapione non s'interrompeva per l'azione del proprietario, per modo che se essa si compiva durante il giudizio prima della sentenza, il dominio era acquistato, e questo avveniva perchè l'usuca-

messe a richiesta del convenuto aveano per iscopo d'indicare al giudice alcuni casi ne'quali egli non dovea neppure esaminare l'affare. Gaio ce ne offre un esempio: tale dovea esser la prescrizione del possesso di lungo tempo. Quando il proprietario rivendicava la sua cosa, la formola dell'azione dovea presso a poco contenere questa prescrizione, *ea res agatur, cujus non est possessio longi temporis*. Eravi dunque tra una *prescrizione*, ed un'*eccezione* messa pel convenuto questa differenza che la prescrizione, se era vero il fatto sul quale era fondata, dispensava anche dal conoscere dell'affare, mentrechè l'eccezione richiedeva che si esaminasse, giacchè bisognava veder, per esempio, se vi era stato dolo, violenza, patto posteriore, etc.; l'una era messa al principio, l'altra alla fine della formola. Più tardi, e di già al tempo di Gaio le prescrizioni messe pel convenuto furono convertite in alcune specie di eccezioni, e non altrimenti che come eccezioni furono inserite nella formola (ved. su tutte queste nozioni Gajo, che ce le ha rivelate *com. 4. §§ 130 e seg.*); anche più tardi, ma probabilmente prima dell'abolizione delle formole le prescrizioni messe dall'attore furono anch'esse abolite, e cedettero il luogo alle eccezioni contro l'attore quando egli domandava ciò che non era ancora dovuto, o scaduto. Così da allora le parole *prescrizioni*, ed *eccezioni* si trovarono interamente confuse, ed ecco perchè noi le vediamo nel Codice indicate come sinonimi in un titolo : *De exceptionibus seu praescriptionibus* (*Dig. 441. — Cod. 8. 36.*) — (1) Io non credo che si possa positivamente dedurre questo fatto dal frammento del Digesto (8. 6. 10.), dove si tratta del lungo possesso tutto particolare delle servitù, ma non è però men certo; Giustiniano lo dice positivamente nel Codice (*Cod.* 7. 39, 8.). Il possessore avea eziandio innanzi che il tempo prescritto fosse decorso, l'azione *publiciana* specie di rivendicazione pretoria — (2) *D. 41. 3. 43. § 5. f. Papin.* — (3) *D. 44. 3. 12. f. Paul.* In quanto alle servitù, all'usufrutto, etc. siccome questi dritti si perdevano pel non-uso, se quegli che li avea, trascurava di usarne, si trovavano perduti per lui; se per contrario egli continuava a goder

pione era l'acquisto per l'uso, e l'uso erasi continuato fino al giorno della sentenza (1): la prescrizione al contrario essendo un mezzo di opporsi all'azione, si trovava interrotta se al momento della procedura, in cui si dovea opporre, il convenuto non avea ancora il tempo di possesso necessario a costituire siffatta prescrizione (2).

Al tempo di Giustiniano tutto il territorio dell' impero partecipa al medesimo dritto, non vi ha più differenza tra suolo italico, e suolo provinciale; quindi le differenze tra l'usucapione, e la prescrizione non possono più sussistere. Giustiniano confonde in uno, e modifica queste due istituzioni l'una con l'altra, attribuendo de'caratteri dell'una e dell'altra al nuovo dritto ch'egli crea. Facciamoci ad esaminare cosiffatti cambiamenti.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat cum crediderit eum dominum esse rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem si mobilis erat, anno ubique, si immobilis biennio tantum in italico solo usucaperet, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat putantibus antiquioribus dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora; nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur, et ideo constitutionem super hoc promulgavimus qua cautum est, ut

Era per dritto civile stato ordinato che colui che avea di buona fede comprata una cosa da qualcuno, che non fosse il padrone, pensando egli però che quel tale fosse il padrone, o che l'avea ricevuta per via di donazione, o per qualch'altra giusta cagione, egli se la cosa era mobile l'acquistasse mediante l'uso per lo spazio di un anno, in qualunque luogo si fosse, e s'era immobile per lo spazio di due anni solamente in Italia, acciocchè non fosse incerto il dominio delle cose. Ed era così ordinato da che pensavano gli antichi che bastasse a'padroni il predetto tempo per ricercare le cose loro: ma a noi venne

ne, li conservava tanto se si trattasse pel possessore di usucapione, quanto se si trattasse di prescrizione — (1) *D. 41. 4. 2. § 1. f. Paul.—Ivi 2. f. Marcel. — C. 1. 17. f, Ulp.; 18. f. Gai. — Theoph. Paraph. lib. 5. tit. 18. § 1. — Dig. 4. 6. 23. § 4.* — (2) *Cod. 7. 33. 10. Dioclet. e Massim.* La prescrizione non s'interrompeva per la citazione, per la chiamata *in jure* ma solamente per ciò che dicevasi *litis contestatio*; per modo che se al momento di questa contestazione i dieci o venti anni erano spirati, benchè al momento della chiamata *in jure* non fossero ancora decorsi, si poteva opporre la prescrizione. Il che, secondo me è una pruova certa che la *litis contestatio* era quella parte del procedimento, nella quale innanzi al pretore (*in jure*) dopo i dibattimenti tra i litiganti, dopo proposte le loro domande, prescrizioni, eccezioni, la formola era stabilita, e rilasciata dal pretore·

res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro imperio gubernatur dominia rerum, justa causa possessionis praecedente, acquirantur.

miglior opinione, che non si debba così tosto spogliare i padroni delle loro cose, nè restringere questo beneficio ad un sol luogo, e però abbiamo pubblicata una costituzione, per la quale è ordinato che le cose mobili si acquistino mediante l'uso per lo spazio di tre anni, e le immobili per possesso di lungo tempo, cioè per ispazio di X anni tra presenti, e XX tra assenti, e per questo modo pel possesso fondato su di una giusta causa si acquisti il dominio delle cose non solamente in Italia, ma in ogni terra governata dal nostro imperio.

Da cosiffatti mutamenti risulta che propriamente parlando nè l'antica usucapione, nè la prescrizione pretoria furon conservate da Giustiniano. Nonpertanto si applica nel suo sistema il nome di usurpazione all'acquisto de'mobili, e quello di prescrizione all'acquisto degl'immobili (1). Per noi accaderà che qualche volta usiamo indifferentemente l'uno, e l'altro vocabolo, ma più sovente useremo il termine generale di acquisto mediante il possesso, o l'uso. Passiamo all'esame delle cose che in questo modo si possono acquistare.

I. Sed aliquando etiam si maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti si quis liberum hominem vel rem sacram, vel religiosam, vel *servum fugitivum* possideat.

1. Avviene talvolta che quantunque l'uomo abbia posseduto di buona fede, non acquisti però mediante l'uso per beneficio di tempo alcuno, come sarebbe a dire, se egli possedesse un uomo libero, o una cosa sacra, o religiosa, ovvero uno *schiavo che s fosse fuggito.*

Servum fugitivum. **Lo schiavo fuggitivo non può essere acquistato pel possesso, perchè si reputa ch' egli si sia in certo modo involato al padrone:** ***sui furtum facere intelligitur*** **(2).**

II. Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt nec si praedicto longo tempore, bona fide possessae fuerint, usucapi possunt; nam furti-

2. Parimente le cose rubate e possedute per forza non si possono acquistar mediante l'uso, quantunque possedute di buona fede per il predetto

(1) Vedi appresso il §. 12. — (2) *D. 47. 2. 60. f. Afric.*

varum rerum lex duodecim Tabularum, et *lex Atinia* inhibent usucapionem, vi possessarum *lex Plautia*, et *Julia*.

spazio di lungo tempo; perciocchè la legge delle XII. Tavole, e *la legge Atinia* vietano l'acquisto, mediante l'uso, delle cose rubate, *e la legge Plauzia*, e *Giulia* quello delle cose possedute per forza.

Lex Atinia. Questo è un plebiscito fatto al tempo della repubblica sulla proposizione del tribuno *Atinio Labeone* (anno 557 di Roma; 197 av. G. C.). Questo plebiscito, secondo i frammenti del Digesto che ne parlano, pare avere spiegata la disposizione delle XII Tavole, e deciso positivamente che le cose involate si potrebbero acquistar mediante il possesso quando fosser ritornate in mano del proprietario (1).

Lex Julia et Plautia. La legge Plauzia è un plebiscito fatto sulla proposizione del tribuno M. Plauzio alla fine della guerra sociale poco innanzi la guerra civile (anno 665 di Roma, 89 av. G. C.). Quanto alla legge Giulia, se essa è differente, può essere il plebiscito di cui parlano le Instituzioni (lib. 4. tit. 18. §. 8. *lex Julia de vi publica seu privata*, della quale s'ignora la data precisa, ma che si riporta presso a poco alla metà del regno di Augusto (anno 746 di Roma). Le disposizioni particolari di queste leggi eran necessarie, perciocchè la legge delle XII Tavole, e la legge *Atinia* non aveano regolato che il caso del furto; or essendo il furto la sottrazione frodolenta della cosa altrui, con animo di farne guadagno (2), e gl'immobili non potendo esser sottratti, nè per conseguenza rubati, era necessaria una disposizione speciale pel caso, in cui fossero per violenza occupati.

III. Quod autem dictum est furtivarum, et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet usucapere possit, (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident); sed ne nullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit usucapiendi jus

3. E quel che si è detto che l'acquisto, mediante l'uso delle cose furtive, e possedute per forza sia vietato dalla legge, non si debb'intendere nel senso, che esso rubatore, o posseditore per forza non possa acquistare mediante l'uso (perchè a cosiffatti uomini non compete l'acquisto mediante l'uso per altra ragione, cioè perchè posseggono di mala fede). Ma s'intende che

(1) D. 41. 3. 4. § 6.—50. 16. 215. f. Paul. — (2) Inst. 4. 1. 1.

habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit ut bonae fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendit, vel ex alia causa tradit, furtum committit.

niun altro quantunque avesse di buona fede comprato, o ricevuto da loro per qualunque causa si sia, abbia dritto di acquistar mediante l' uso. Laonde nelle cose mobili non avviene così facilmente che i posseditori di buona fede acquistino per l' usucapione, perciocchè colui che avrà venduto, o dato per qualunque altra cagione la cosa altrui, sapendolo, commette furto.

Il senso di questo paragrafo è questo: quando una cosa è stata rubata, o occupata per violenza, in qualsiasi mano passi di poi, e non ostante la buona fede de' possessori, non può essere acquistata mediante il possesso (per *usucapione*.) Or per le cose mobili, siccome si hanno per rubate quelle cose che si vendono o danno da chi sa di non esserne il padrone, o siccome rimontando sino al venditore primitivo sarà raro di trovare de'casi in cui questi ignorava che la cosa non apparteneva a lui, l'usucapione non potrà quasi mai aver luogo. Nondimeno dopo aver fatta quest'obbiezione il testo la risolve nei seguenti paragrafi per via di esempi, ne' quali il venditore primitivo egli medesimo è di buona fede.

IV. Sed tamen id aliquando aliter se habet: nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, vel dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit dubium non est: quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres qui bona fide tamquam suam alienaverit furtum non committit.

4. Ma qualche volta la cosa va altrimente di quel che si è detto, perchè se l'erede avrà venduto, donato, o dato in nome di dote qualche cosa prestata, o affittata al defunto o appo lui posta in deposito, giudicando esser ereditaria, non è dubbio, che colui che l' avrà ricevuta in buona fede non la possa acquistar mediante l' uso; conciosiachè non è caduta in vizio di furto, per la ragione che l' erede, il quale l'ha alienata in buona fede come sua cosa, non commette furto.

V. Item si is ad quem ancillae ususfructus pertinet partum suum esse credens vendiderit, aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.

5. Similmente se qualcuno, al quale spetta l' usufrutto della schiava, venderà il parto di lei, o lo donerà a qualche persona, credendolo suo, non commette furto, perciocchè non si commette furto senza desiderio di rubare.

Ciò che costituisce il furto, come la maggior parte dei delitti, è l'intenzione colpevole, così l'errore dell'usufruttuario benchè sia un errore di dritto insufficiente per dargli i vantaggi che non gli spettano, basta nondimeno a purgare la sua azione da ogni criminalità e ad impedire in conseguenza ch'egli possa esser perseguitato come ladro, e che la cosa si consideri come rubata.

VI. Aliis quoque modis accidere potest ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat ut a possessore usucapiatur.

6. Può parimenti accadere in altri modi, che alcuno trasferisca l'altrui cosa in persona altrui senza vizio di furto, e che operi sì che essa sia acquistata mediante l'uso dal possessore.

Come se alcuno di buona fede credendo essere erede venda le cose ereditarie (1); o se alcuno possegga un oggetto nella persuasione che il proprietario l'abbia abbandonato (2) etc.

VII. Quod autem ad eas res quae solo continentur expeditius procedit ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur, qui, quamvis ipse mala fide possidet, quia intelligit se alienum fundum occupasse, tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit longa possessione res acquiri, quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum qui res soli possederint principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.

7. Ma in quanto a quello che si appartiene alle cose del suolo avviene più facilmente che qualcuno abbia avuto senza violenza il possesso d'un luogo vacuo per assenza, o per negligenza del padrone, o perchè questi sarà morto senza successore. Benchè questo possessore sia di mala fede, perchè egli sa di aver occupato l'altrui terreno, nondimeno s'egli lo darà effettualmente ad un altro, che lo riceva di buona fede, quel tal tal suolo potrà acquistarsi per usucapione da colui che l'ha ricevuto, perchè non ha ricevuto cosa furtiva, nè posseduta per violenza. Perocchè si è rigettata l'opinione d'alcuni antichi, i quali giudicavano che si commette furto eziandio d'un fondo, e d'un luogo. E per le costituzioni de'principi che hanno riguardo all'utilità di coloro che posseggono, si è ordinato che non debba esser tolto ad alcuno il possesso certissimo e lungo.

Il senso di questo paragrafo lungamente spiegato da Teo-

(1) *D. 41. 3. 36. § 1. f. Gai.* — (2) *D. 41. 7. 4. f. Paul.*

filo è per altro chiarissimo; esso deriva da ciò che gl' immobili, qualunque sia la mala fede del detentore, non son mai considerati come rubati, perchè ogni furto contiene sempre l'idea di una sottrazione, di un rimovimento di una cosa dal suo luogo. Adunque per un immobile, ogni volta che non vi ha violenza, non vi ha vizio che impedisca al posseditore di buona fede l' acquisto mediante il possesso.

Giustiniano per una Novella pubblicata nel 542 modificò la regola quì esposta. In questa Novella si decide che se il primitivo possessore dell'immobile era di mala fede, quegli che di buona fede avrà acquistato da lui non potrà prescrivere per dieci anni tra presenti e venti tra assenti, salvo nel caso che il vero padrone abbia mantenuto silenzio, conoscendo bene i suoi dritti di proprietà, e la vendita della cosa, ma se ciò abbia ignorato, il possessore non potrà prescrivere che per trent'anni (1).

VIII. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

8. Alle volte una cosa posseduta furtivamente o per violenza può esser acquistata mediante l' uso, come sarebbe a dire se essa ritornasse al suo proprio padrone; perciocchè purgato il vizio del furto, o della violenza, può aver luogo l' usucapione.

Questa disposizione, come già abbiam detto, pare essere stata specialmente regolata dalla legge. *Atinia*. Quando la cosa è ritornata in potere del padrone, il vizio primitivo è purgato, e se nuovamente ne esce senza furto nè violenza, potrà esser acquistata dal possessore di buona fede. Ma bisogna che sia ritornata in potere del vero padrone; così se è stata rubata ad alcuno che l'avea in prestito, essa dee ritornare al prestatore; di più bisogna che il padrone l'abbia ricuperata come cosa appartenente a lui, perciocchè se, non sapendo d'esser la cosa sua che gli fu involata, egli la comprì, non si reputa che quella sia ritornata in suo potere (2). Finalmente il testo per quella parola *veluti* dinota che vi ha an-

(1) Novel. 119. cap. 7. Vedremo fra breve che questa prescrizione di trent'anni si applica eziandio alle cose rubate, o tolte via per forza. (2) — *D. 41. 3. 4. §. 6. a 12. f. Paul.*

che degli altri casi, in cui il vizio può trovarsi purgato. In fatti questo può eziandio avvenire se il padrone, dopo il furto ha venduto la cosa al rubatore o possessore, ovvero se soddisfatto in qualsiasi modo ha consentito che la cosa sia data in mano altrui (1).

IX. Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit *bonis vacantibus* fisco nondum nuntiatis bonae fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius, et divi Severus, et Antoninus rescripserunt.

9. La cosa che è del nostro fisco non può esser acquistata mediante l'uso; ma Papiniano scrisse, che non essendo ancor denunziati al fisco *i beni vacanti*, il compratore che riceve di buona fede alcuno tra questi beni può acquistarlo mediante l'uso, e così rescrissero il divino Pio, ed il divino Severo, ed Antonino.

Bonis vacantibus. Per beni vacanti s' intendono i beni che compongono le successioni, alle quali non si presenta alcun erede. Questi beni appartengono di pieno dritto al fisco, ma non si reputano entrati nel suo patrimonio, che al momento in cui sono stati denunziati per mezzo degli agenti a tal fine preposti; e però soltanto da questo momento cominciano a non potersi più acquistar mediante l' uso.

X. Novissime sciendum est rem talem esse debere, ut in se *non habeat vitium* ut a bonae fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

10. Ultimamente si ha da sapere che bisogna che la cosa sia tale, che in se *non abbia alcun vizio*, acciocchè dal compratore di buona fede, o da qualunque altro che possiede per altra giusta cagione, possa esser acquistata mediante l'uso.

Non habeat vitium. La parola vizio qui è presa relativamente all'usucapione, e dinota qualsivoglia qualità che impedirebbe che la cosa potesse per l'uso essere acquistata; sicchè essa non debb'esser nè sacra, nè religiosa, nè rubata, nè occupata per violenza, nè bene del fisco etc. Agli oggetti dei quali il testo ha fatto parola si debbono eziandio aggiugnere come incapaci di usucapione e di prescrizione gl'immobili che appartengono alle chiese (2), i beni de' pupilli, o anche de' minori di 25 anni (3); i beni dotali, pe' quali la

(1) *Ivi* §§ 15, e 14, *ivi* 32. *f. Pomp.* — (2) Nov. *III. cap. 1.* — (3) *D. 41. 1. 48. pr. f. Paul.* — *Cod. 2. 41. 5.* — *7. 35. 5.*

prescrizione non può aver luogo, quantunque essa continui a decorrere, se sia cominciata prima del matrimonio (1), ed in generale le cose che non si possono alienare.

Quanto agli oggetti incorporali noi abbiamo di già trattata la quistione relativamente alla servitù quì sop. p. 130, e da ultimo quanto a ciò che riguarda le prescrizioni a fine di liberarsi dalle differenti azioni, alle quali si può esser soggetto, si dee ben avvertire di non confonderle con la materia di cui qui trattiamo. Più innanzi (lib. 4. tit. 12) vedremo qual'è stato su tal punto il dritto de' Romani.

Ora passiamo alle condizioni necessarie per acquistar mediante l'uso o il possesso. Queste condizioni sono: il possesso fondato sopra una giusta causa, acquistato di buona fede, e continuato per tutto il tempo richiesto.

In quanto al possesso quì non si tratta di quello che è puramente fisico, ma del possesso civile che noi abbiam già definito quì sopra p. 42 e seg.

In quanto alla giusta causa di questo possesso, risulta da quel che abbbiam detto p. 102 che bisogna intender per essa un contratto, o un fatto qualunque conforme al dritto (*justa*) per effetto del quale il possesso si è ricevuto, o preso nello scopo di acquistar la proprietà. Il che talvolta i testi chiamano eziandio giusto titolo (*justus titulus*), benchè questa espressione sembri più recente (2). Il possesso così preceduto da una giusta causa ha per fine di produr la proprietà, ma può avvenire che questo fine non si raggiunga sia perchè colui dal quale si è dato il possesso non era proprietario, sia perchè colui al quale è stato dato non vi avea alcun dritto, sia perchè la cosa non era per natura tale che ne potesse pel solo possesso esser acquistata la proprietà: in tutti questi casi si applicherà la prescrizione.

Comunemente i comentatori si arrestano al primo caso, cioè a quello in cui la cosa si è ricevuta da chi non era il proprietario, ma si vuol ben avvertire che il vizio, il quale

16. Tryph. per gl' immobili — Cod. 5. 12. 30. pe' mobili, e per gl' immobili. — (1) *D. 23. 5. 16. Tryph.* per gl' immobili — *Cod. 5. 12. 30.* pe' mobili, e per gl' immobili — (2) *D. 41. 9. 1. f. Ulp. — Cod. 5. 52. 24. — 7. 33. 4. etc.*

rende necessaria la prescrizione, può provenire si da colui che dà, si da colui che riceve, e sì dalla cosa medesima.

Il Digésto espone in una serie di titoli separati i principali avvenimenti che producono una giusta causa di possesso: tali son quelli ne' quali si possiede: *Pro emptore* (come compratore) per effetto di una vendita valida, nella quale si è pagato, o altrimenti soddisfatto il venditore, ovvero si è ricevuta una dilazione pel pagamento; *Pro donato* (come dono) per effetto di una donazione tra vivi, o a causa di morte ; *Pro dote* (come dote) allorchè le cose si son ricevute in dote in un matrimonio; — *Pro soluto* quando si è ricevuta la cosa in pagamento; *Pro derelicto* quando alcuno si è impadronito di una cosa abbandonata: in tutti questi esempi se colui dal quale la cosa si è venduta, costituita in dote, data in pagamento o abbandonata non era proprietario , non si acquista subito la proprietà, ma vi ha titolo per prescrivere (1). L' usucapione ha luogo pel possesso *pro legato* allorchè si è ricevuta la cosa per effetto di un legato , avendola il testatore lasciata come sua , mentre apparteneva ad altri, ovvero dopo che il legato si era rivocato per via di codicilli rimasti occulti , ovvero perchè un errore di nome avea fatto credere che un tale fosse legatario , mentre che era un altro (2) : in questi due ultimi casi ciò che impedisce che la proprietà sia subito acquistata , è che colui il quale riceve la cosa non vi ha dritto. In fine passando sotto silenzio molte altre giuste cause noi alquanto ci fermeremo al possesso che chiamasi *pro suo* ; esso ha luogo generalmente in tutti i casi in cui alcuno possiede come proprietario ; così quegli che possiede come compratore , come donatario, come legatario, etc. possiede *pro suo* , ma questa denominazione è specialmente adoperata per dinotare il possesso de' frutti che alcuno ha raccolti di buona fede , o quello delle cose *nullius* , come l'alluvione , le bestie selvatiche, di cui alcuno si è impadronito (3). Se di buona fede alcuno ha preso come selvatico un animale che ha l' abitudine di andare e ritornare

(1) *D. 41. tit. 4. tit. 6. tit. 7. tit. 5. f. 46. tit. 9.* — (2) *D. 41. 8. 4. f. Paul.* — (3) *Dig. 41. 10.* — Ved. l' enumerazione di tutte queste cause di possesso. *D. 41. 2. 5. § 21. f. Paul.*

egli non ne ha acquistato la proprietà, perchè la cosa per natura non è tale che possa acquistarsi pel solo possesso, ma lo possiede *pro suo*, e l'usucapione può aver luogo. Vi è ancora un possesso *pro herede* in qualità di erede; *pro possessore* in qualità di possessore di beni, ma esso non può in generale servir all'usucapione; nondimeno questa regola richiede alcune distinzioni, che qui sarebbe troppo lungo indicare.

Quanto alla buona fede essa ha luogo allorchè il possessore compiutamente ignora il vizio del suo acquisto. Ma quest'errore non costituisce la buona fede se non quando cade sui fatti, come sarebbe quando uno ignora che il venditore non è proprietario, che è ancora impubere, che il legato è rivocato, etc. in quanto all'errore di dritto esso non può servire all'usucapione: come se alcuno ha comprato da colui che sapeva essere impubere, credendo che la legge gli permettesse di alienare (1); il medesimo dee dirsi dell'errore grossolano, o che proviene dalla negligenza di prendere le necessarie informazioni (2). La buona fede si richiede solamente al momento che comincia il possesso, perciocchè da questo solo momento il possessore sarebbe divenuto proprietario, se il vizio che ignorava non vi fosse stato (3). Nondimeno per un'eccezione tutta speciale, la quale forse proveniva da una memoria delle antiche vendite per *mancipationem*, per la vendita si richiedeva che vi fosse buona fede nel momento della compra, ed in quello della tradizione (4). Ma non era in alcun caso necessario, come per l'acquisto de' frutti, che la buona fede continuasse dopo la prima presa di possesso (5). In fatti non si poteva ragionevolmente, soprattutto negli acquisti a titolo oneroso, rimproverare a colui che acquistava di ritenere la cosa in fino a che non gli veniva richiesta, essendochè egli l'avea ricevuta di buona fede, e ne avea pa-

(1) *Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat (D. 22. 6. 4. f. Pomp.) — 41. 3. 31. pr. — 41. 4. 2. § 15. f. Paul.* — (2) *D. 22. 6. 6. f. Ulp. e 9. § 2. f. Paul.* — (3) *D. 41. 3. 13. § 3.; 43. pr.; 48. § 1. — Cod. 7. 31.* — (4) *D. 41. 3. 48. — 41. 4. 2. pr.* Ved. nondimeno *41. 3. 10.* — (5) *D. 41. 1. 48. § 1. f. Paul.*

gato il valore. Questo principio applicavasi eziandio agli acquisti gratuiti (1).

Quì si presenta una grave quistione: la giusta causa, e la buona fede son due condizioni distinte tutte e due indispensabili? o pure la giusta causa non si richiede che come un mezzo di provar la buona fede, per modo che l'usucapione potrebbe aver luogo se vi fosse effettualmente buona fede, quantunque non vi fosse giusta causa? Siffatta quistione pare essere stata fortemente controversa appo i Romani. Il testo nel seguente paragrafo la risolve decidendo che è sempre necessario che la giusta causa effettualmente esista.

XI. Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis cum non emerit emisse se existimans possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.

11. Ma l'errore che cade sopra una causa falsa non produce l'usucapione, come sarebbe se alcuno possedesse pensando aver comprato, e non avesse comprato, o possedesse quasichè gli fosse stato donato, non essendogli però stato donato.

Molti testi confermano positivamente questa decisione (2). Nonpertanto essa non pare ammessa nella legislazione di Giustiniano se non come una regola generale che patisce alcune eccezioni: per esempio, se voi mi avete data una cosa che non vi apparteneva credendo che mi fosse dovuta, ed io la abbia ricevuta credendo che a voi si appartenesse, e che voi foste tenuto a darmela, mentre nel fatto voi non v'eravate tenuto, la causa per la quale la tradizione si è fatta è falsa; non pertanto se il mio errore fosse scusabile, io acquisterei per l'usucapione (3); è parimenti lo stesso se io posseggo una cosa credendo che sia stata comperata dal mio procuratore (4).

In quanto al tempo (fissato da Giustiniano per gli oggetti mobiliari a tre anni; per gl'immobili a dieci anni tra presenti, e venti fra gli assenti) basta dire che si computa

(1) Giustiniano lo dice *Cod. 7. 31. 1.;* nondimeno si potrebbe credere che questa sia un'innovazione di lui—(2) *D. 41. 3. 27.— 41. 4. 2. § 6. — 41. 6. 1. princ. — 41. 7. 6.* — (3) *D. 41. 3. 48. — 41. 4. 2. pr. f. Paul. — 41. 10. 3.* — È vero che quì non vi ha solamente la credenza, ma anche l'apparenza d'una giusta causa. — (4) *D. 41. 4. 11. f. Afric.*

per giorni, e non per ore (1); che la prescrizione corre tra presenti quando il possessore, ed il proprietario hanno il loro domicilio nella medesima provincia, senza aver riguardo al luogo ove la cosa è sita, perciocchè per intentar le azioni questo luogo è indifferente in dritto romano; ma se il possessore, ed il proprietario non sono amendue domiciliati nella medesima provincia, la prescrizione corre tra assenti (2); che se vi è stata parte presenza, e parte assenza si dee computar due giorni di assenza per fare un giorno di presenza (3). Non rimane più altro su questo soggetto che ad esaminare col testo in quali casi può il possessore congiugnere al suo possesso quello del possessore precedente.

XII. Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto et heredi, et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, heredi, et bonorum possessori, licet ignoranti possessio non prodest. Quod nostra constitutio *similiter in usucapionibus* observari constituit, ut tempora continuentur.

12. Il lungo possesso che avea cominciato a giovare al defunto si va continuando nell'erede, e nel possessor de'beni, con tutto che esso erede sappia il podere esser d'altri. Ma se il defunto non cominciò ad aver principio giusto di possedere, non giova il possesso all'erede, ed al possessor de'beni, quantunque ignoranti di questo. La qual cosa la nostra costituzione ha ordinato che si osservi *parimente nelle usucapioni*, cioè che si continui il tempo.

Questo paragrafo è relativo a' successori universali, i quali o pel dritto civile, o pel dritto pretorio han ricevuto l'universalità de'beni del defunto come continuatori della sua persona. Questi successori che posseggono *pro herede, pro possessore* la massa universale che loro è deferita, non tengono ogni oggetto particolare di questa massa per vigore di una nuova causa, che dia loro personalmente dritto alla prescrizione; ma continuando la persona del defunto, ed essendo riputati in ciò che riguarda l'eredità civile o pretoria di aver essi fatto tutti i contratti, e tutti gli atti del defunto, non sono che i continuatori del suo possesso; se questi possede-

(1) *D. 41. 3. 6. 7. f. Ulp.*—(2) Nell'antica giurisprudenza eran sorte delle difficoltà su questo soggetto, ed appunto queste difficoltà Giustiniano si propone di togliere nella costituzione. *Cod. lib. 7. tit. 33* — (3) *Nov. 119. cap. 8.*

va *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, essi posseggono al medesimo titolo ; se questi era di buona , o di mala fede nel principio, il loro possesso ha un' origine giusta, o viziosa ; in conseguenza essi prescrivono o non prescrivono, qualunque sia la loro opinione personale ; giacchè relativamente alla buona fede la sola origine del possesso si dee considerare. In questo senso si dice che il possesso *pro herede* , *pro possessore* non può relativamente agli oggetti particolari servir di fondamento all' usucapione (1).

Similiter in usucapionibus. Questo passo del pari che la parafrasi di Teofilo potrebbe indurre a credere che un tempo nell'usucapione de'mobili il possesso del defunto non fosse continuato dall'erede , e che Giustiniano il primo abbia ordinata la continuazione di siffatto possesso. Tal'è l' opinione di alcuni autori; Cujacio pensa che il passo è trasposto; ma esso può spiegarsi, come ha fatto Vinnio, dicendo che Giustiniano e Teofilo parlano della nuova usucapione introdotta dall'imperadore, la quale ha luogo mediante tre anni di uso.

XIII. Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divi Severus, et Antoninus rescripserunt.	13. I divini Severo , ed Antonino rescrissero che si debbono eziandio congiugnere insieme i tempi tra il compratore , ed il venditore.

Qui si tratta de' successori particolari che han ricevuto per vendita , donazione , legato, etc. uno o più oggetti , o anche una universalità , ma senza continuare la persona del loro predecessore. Siffatto successore comincia per se medesimo un nuovo possesso fondato sopra una nuova causa ; *pro emptore*, *pro donato* etc.; se egli è personalmente di buona, o di mala fede, il suo possesso è giusto , o vizioso nel suo principio, in conseguenza egli prescrive o non prescrive, qualunque sia stata l' opinione del suo autore, cioè di colui dal quale ha ricevuto la cosa. Ma se essendo amendue di buona fede, ciascuno abbia prescritto da parte sua, il tempo del primo debb'esser riunito a quello del secondo, e così del resto)con-

(1) *Hoc est in bonorum possessione, et in fideicommissariis , quibus ex Trebelliano restituitur, caeterisque praetoriis successoribus observatum est.* (*D. 41. 4. 2. §. 19*).

ungi tempora). Tal' è la disposizione del rescritto degl' imperadori.

La prescrizione sotto Giustiniano prende quanto agli effetti il carattere dell'usucapione. Adunque o si tratti di mobili, o d'immobili, il possessore dopo il tempo richiesto diviene proprietario; non solamente egli può respingere per la prescrizione l'antico padrone, che viene a richieder la cosa, ma egli stesso ha contro qualunque possessore l'azione in rivendicazione (1). Quanto ai dritti di servitù, d'usufrutto, di pegno, etc. questi sono estinti se le persone, alle quali tai dritti si appartengono, non avendoli esercitati han lasciato possedere la cosa come libera (2).

Ora giugniamo ai modi come l'usucapione e la prescrizione sono interrotte; siffatta interruzione chiamasi appo i Romani usurpazione, *usurpatio est usucapionis interruptio* (3). Essa ha luogo naturalmente allorchè per un avvenimento qualunque quegli che possedeva perde il possesso, come sarebbe quando per violenza è cacciato via dall'immobile, o quando l'oggetto mobile gli vien tolto sia dal proprietario, sia da qualunque altra persona (4), similmente quando il terreno è inondato dal mare, o da un fiume pubblico che cangia di letto (5); o anche quando il possessore cade in mano degl'inimici, perciocchè quantunque i suoi diritti sieno in sospeso, e debbano al suo ritorno essergli restituiti per effetto del dritto del *postliminium*, questa sospensione, come abbiamo già osservato (t. 1. p. 339 nota 3.) non si applica alle cose che consistono nel fatto, e tale appunto è il possesso (6). Un'interruzione notabilissima è anche quella che ha luogo quando il vero proprietario trovasi ritenere la cosa per un dritto qualunque; per esempio perchè egli l'ha comperata, ricevuta in pegno, o in affitto (7). In ogni caso l'interruzione rende inutile il possesso anteriore, il quale non si dee più computare quando anche un nuovo possesso ricominciasse di poi (8).

(1) *Cod. 7. 39. 8. princ.* — (2) *Cod. 7. 36. 1. e 2.* — Questo risulta per le servitù, l'usufrutto, l'uso, etc. da ciò che questi dritti si perdono pel non-uso durante il medesimo tempo della prescrizione. — (3) *D. 41. 3. 2. f. Paul.* — (4) *Ivi 5. f. Gai* — (5) *D. 41. 2. 3. §. 17. f. Paul.* — (6) *D. 49. 15. 12. §. 2. f. Tryph.* — (7) *D. 41. 3. 21. f. Javol.* — *15. 7. 29. f. Juli.* — (8) *41. 3. 15. §. 2. f. Paul.* — *41. 4. 7. §. 4. f. Juli.*

Quanto all'interruzione di dritto, che chiamasi civile Giustiniano adotta la regola già osservata per la prescrizione; l'acquisto mediante il possesso tanto pe'mobili, che per gl'immobili sarà interrotto per l'azione del vero proprietario; e ciò dall'istante che la controversia sarà elevata e non più da quel punto solamente che chiamavasi *litis contestatio*; perciocchè a dir vero questa contestazione non è più nella procedura di Giustiniano (1).

Vi sono ancora delle altre prescrizioni: tale è quella che vien detta *longissimi temporis praescriptio*, la quale ha luogo alcune volte per trent'anni, per esempio quando il possessore possiede senza giusta causa, o quando la cosa è un oggetto involato, o tolto via per violenza, etc.; alcune volte per quarant'anni, per esempio quando si tratta di beni ecclesiastici. Queste prescrizioni, che per loro natura, ed in origine non erano altro che mezzi da respingere talune azioni, son divenute sotto Giustiniano, ne' casi in cui han luogo, veri modi di acquistare, e si può ad esse applicare quanto abbiam detto sugli effetti, e sull' interruzione delle prescrizioni (2).

Il paragrafo che segue ci dà eziandio l'esempio di particolari prescrizioni introdotte per privilegio del fisco.

XIV. Edicto divi Marci cavetur eum qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divae memoriae Zenonis bene prospexit iis qui a fisco per venditionem aut donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant et victores existant sive experiantur, sive conveniantur.

14. Per editto del divino Severo si comanda, che colui che avrà comprato l' altrui cosa dal Fisco, se dopo la vendita saranno passati cinque anni, possa per eccezione ributtare il padrone della cosa (3). Ma la costituzione della divina memoria di Zenone provvide bene a coloro che ricevono qualche cosa dal Fisco per vendita, per donazione, o altro titolo, perciocchè volle che essi subito sian

(1) *Cod. 7. 33. 10.* Ved. anche (*Cod. 7. 40. 2.*) il mezzo dato da Giustiniano d'interrompere la prescrizione quando il possessore è assente presentando una memoria (*libellum*) al presidente, ed in difetto di questo al vescovo o al difensore della città, etc. — (2) *Cod. 7. 39. De praescriptione XXX, vel XL annorum.*—(3) *Cod. 2. 37. 3.* L' editto di Marc-Aurelio era soprattutto utile nel caso che l' usucapione non avrebbe potuto correre; per es. quando non vi era buona fede, o quando si trattava d'immobili provinciali. Quest' editto eccettuava dalle sue disposizioni i beni de' minori di 25 anni.

Adversus autem sacratissimum aerarium usque ad quadriennium liceat intendere iis qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverunt sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus etiam de iis qui a nostra, vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint haec statuit, quae in fiscalibus alienationibus praefata Zenoniana constitutione continentur.

sicuri, e restino vincitori tanto se essi richiedano, quanto se sian richiesti. A coloro poi, i quali pensano di aver azione per il dominio, o per conto di pegno di quelle cose che saranno state alienate, è lecito venire in termine di quattro anni contro il sacratissimo Fisco. Ma noi per nostra costituzione la quale già pubblicammo abbiamo ordinato, che il medesimo che fu prima ordinato per le prefate costituzioni del divino Zenone intorno alle cose fiscali, s'intenda eziandio in coloro, che riceveranno qualche cosa dalla nostra casa, o da quella della venerabile Augusta (1).

Delle azioni relative all'usucapione, ed alla prescrizione.

Relativamente all'usucapione, ed alla prescrizione vi erano o durante il loro corso, o dopo che erano compiutamente acquistate degl'interdetti, delle azioni, o delle eccezioni secondo le circostanze. Durante il loro corso, siccome esse eran fondate sul possesso legale, tutti gl'interdetti destinati a proteggere questo possesso erano applicabili (Ved. qui sop. p.111.). Ma se per qualche avvenimento il possessore perdeva il possesso prima che l'usucapione o la prescrizione fosse compiuta, allora secondo lo stretto dritto non essendo più possessore non avea più interdetti, e non essendo ancora proprietario, non avea azione in rivendicazione: la perdita per lui era irreparabile. In questo stato di cose un pretore per nome Pubblicio introdusse in favore di lui un'azione onoraria che si chiamò azione publiciana *(publiciana in rem actio)*, con l'aiuto della quale ei potè richiedere la cosa come se l'avesse già acquistata mediante l'uso. Quest'azione che era nel numero delle azioni fittizie, cioè fondate sopra una finta ipotesi, ed intorno alla quale avremo lungamente a trattare, non si dava che a colui, il quale dopo aver ricevuto il possesso in buona fede, e per una giusta causa lo avea perdu-

(1) Ved. al Cod. il titolo consacrato a questa materia lib. 7. tit. 37. *De quadriennii praescriptione.*

to. Essa non poteva in generale utilmente intentarsi nè contro il vero proprietario, nè contro il vero possessore che avea dritto anch' egli all' usucapione, o alla prescrizione (1). Dopo che il tempo dell' usucapione era interamente trascorso, il possessore essendo divenuto proprietario, era sicuro da ogni persecuzione da parte dell' antico padrone, ed avea egli medesimo sì la rivendicazione per richiedere la sua cosa contro ogni possessore, e sì generalmente tutte le azioni destinate a proteggere la proprietà (p. 111.).

TITULUS VII.

DE DONATIONIBUS.

Est et aliud genus adquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera: mortis causa, et non mortis causa.

TITOLO VII.

DELLE DONAZIONI.

Vi ha eziandio un'altra sorta d'acquisto, che è la donazione, e questa è di due maniere: la donazione per causa di morte, e quella che non si fa per causa di morte.

Noi troviamo in una citazione di Paolo nel Digesto l'etimologia della parola donazione. « *Donatio dicta est a dono, quasi dono datum* (2) ». Ed i frammenti del Vaticano sul dritto Romano ci offrono parecchie volte queste espressioni, *dono res data est, dono dedit, dono dedisti*; per esprimere che una donazione ha avuto luogo (3).

Queste due parole *dono dare* hanno ciascuna un senso rigoroso e di dritto. La seconda *dare* dinota che la cosa è trasferita in proprietà (4); la prima *dono* che il trasferimento è gratuito e per pura liberalità.

Ma quì si vuol ben distinguere il dritto primitivo ori-

(1) *Inst. 4. 6. § 4.* Noi troviamo nel Digesto le parole dell' editto : « *Si quis id quod traditur (traditum) ex justa causa non a domino* (queste ultime tre parole aggiunte probabilmente sotto Giustiniano), *et nondum usucaptum petet, judicium dabo* » (D. 6. 2. 1.) Quest' azione durava tanto, quanto la vera rivendicazione, ed offriva in un certo senso un vantaggio di più in ciò che non si era obbligato di giustificare il dritto de' suoi autori; e però era spesso intentata da'veri proprietari in luogo della rivendicazione.—(2) *Dig. 39. 6. 35. § 1.* — (3) Frammenti del Vaticano: *De donationibus ad legem Cinciam; §§ 275. 281. 285.* — (4) Non si dee confondere *dare* e *tradere* : *tradere* significa dare il possesso ; *dare* trasferire la proprietà, il che è differente quantunque l' una cosa conduca all' altra.

ginario dal dritto nuovo. Nel dritto primitivo la parola *donatio* porta necessariamente l'idea che vi è stata *dazione* della cosa, cioè trasferimento della proprietà. La legge d'accordo con la lingua non riconosce altra maniera di donazione. Essa non è un contratto, un impegno assunto tra le parti, ma un fatto compiuto o consumato. Del rimanente questa *dazione*; questo trasferimento della proprietà non si operava in un modo particolare, ma come in tutti gli altri casi; la sola differenza stava in ciò che la sua cagione determinante era la liberalità, *dono datio*.

In questa legislazione primitiva adunque si può dire con verità che la donazione era sempre un acquisto, non già di una spezie particolare, ma fondato sopra una causa particolare; in prosieguo le regole del dritto subirono de' notabili cangiamenti, e noi spiegando i paragrafi che seguono vedremo in fino a qual punto si può dire che la donazione sia un modo di acquistare.

Delle donazioni a causa di morte.

I. Mortis causa donatio est quae *propter mortis fit suspicionem* cum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset haberet is qui accipit; sin autem supervixisset, is qui donavit reciperet; vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia: nam cum prudentibus ambiguum fuerat utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est ut *per omnia fere legatis connumeretur*, et sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est cum magis se quis velit habere, quam eum cui donat; magisque eum cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo:

1. La donazione per causa di morte è quella che si fa per sospetto che si abbia di morire, e quando alcuno dona in questo modo, che se egli muoia, quegli che ebbe la cosa se l'abbia per sua, ma se poi sopravviva, o si penta di aver donato, ovvero se il donatario si muoia prima di lui, egli debba riaver indietro la sua cosa. Queste cosiffatte donazioni per causa di morte sono in tutto e per tutto ridotte a simiglianza de' legati; perciocchè essendo a'prudenti venuto in difficoltà se cotali donazioni si dovessero assomigliare alla donazione semplice, o veramente al legato, conciosiachè aveano de'caratteri dell'uno e dell'altro, ed agguagliandole chi all'una cosa, e chi all'altra, fu ordinato da noi che si adeguassero in tutto ai legati, e così vogliamo che proceda, come nella nostra costituzione è ordinato. Ed in somma vi ha donazione per causa di morte quando l'uomo vuol piuttosto

aver egli per se, che quegli a cui vien donato, piuttosto colui al quale vien donato, che l'erede. Ed in questa maniera presso Omero Telemaco dona a Pireo:

Πειραί, ου γαρ τ' ίδμεν όπως εσται τάδε έργα
Είκεν έμέ μνηστήρες άγήνορες εν μεγαροισυ
Λαθρη κτείναντες πατρωία πάντα δάσονται
Αυτον έχοντα σε βουλομ' έπαυρεμεν, ή τινα τώνδε
Εί δέ κ' εγω τουτοισι φόνον καί κηρα φυτευσω,
Δή τότε μοί χαίροντι φερειν πρός δώματα χαίρων.

« Pireo giacchè noi ignoriamo qual sarà la riuscita di quest'impresa, se gli orgogliosi rivali dopo avermi secretamente ucciso nel palagio, si divideranno tutti i beni del padre mio, io voglio che tu ti abbi questi presenti (1), e che ne godi piuttosto tu che alcuno di loro. Ma se io porterò tra loro la strage, allora tu pieno di gioia come me corri a recarmeli indietro al mio palagio.

Propter mortis suspicionem. Il carattere essenziale della donazione a causa di morte non è soltanto ch'essa sia fatta nella preveggenza della morte, ma eziandio che sia *subordinata alla condizione della morte* nel modo che spiega il testo nella seconda parte della frase che non si dee separar dalla prima.

Così noi vediamo in un frammento di Marciano nel Digesto che se alcuno prevedendo la sua morte dona qualche cosa, ma in modo irrevocabile, questa è una vera donazione tra vivi, e non già una donazione a causa di morte; percioc chè la morte è certamente la ragione che determina a donare, ma non è la condizione sotto la quale la donazione è fatta (*causa donandi magis est, quam mortis causa donatio*) (2).

La morte di cui quì si tratta può essere: o la morte presa in generale, in qualunque modo, ed in qualunque tempo sopravvenga, ovvero (è questo era il caso più frequente), un modo particolare di morte, di cui alcuno è minacciato in un pericolo al quale trovasi esposto, come in un combattimento, in una navigazione, o in qualsivoglia altro avvenimento.

La donazione in due differenti maniere può esser subordinata alla condizione della morte. Per esempio. « Se io muoio nel combattimento, o più generalmente se io muoio

(1) Si tratta de'presenti fatti da Menelao a Telemaco, e lasciati in deposito presso Pireo.—(2) *Dig. 39. 6. De mortis causa donat. 27. f. Marcian.*

prima di te, ti dono il mio cavallo; e questa è la donazione a causa di morte più frequentemente usata, la quale è veramente, e senz'altra mescolanza donazione a causa di morte, e non deve produrre effetto che alla morte, e soltanto se la morte avviene ». Ovvero in quest'altro modo ». Io ti dono il mio cavallo : se non muoio nel combattimento tu me lo renderai, o più generalmente se io non muoio prima di te, esso mi dovrà esser renduto ». E di questa donazione a causa di morte indicata dal nostro testo, quella cioè di Telemaco a Pireo, noi troviamo fatta menzione anche in qualche altro frammento (1). Questa donazione a causa di morte partecipa più della donazione tra vivi: in fatti la tradizione degli oggetti si fa immediatamente al donatario, e produce subito i suoi effetti; la donazione è adempiuta come una donazione tra vivi, solamente sarà risoluta, se la morte indicata non avrà luogo.

Noi diremmo in dritto francese, che la prima di queste donazioni è fatta sotto una condizione *sospensiva*, e la seconda sotto una condizione *risolutiva* ; ma i giureconsulti romani non aveano considerato sotto questo doppio aspetto le condizioni, e l'espressione di condizione risolutiva era ad essi sconosciuta. Essi dicevano del primo caso che la donazione era condizionale, perciocchè non dovea esistere che al tempo della morte, e se la morte avveniva. Quanto al secondo caso, dicevano che la donazione era attuale, pura, e semplice, producendo subito i suoi effetti; ma che la sua risoluzione era condizionale, subordinata alla morte *(pure , quae sub conditione resolvitur)* (2).

In fine la donazione poteva esser subordinata alla condizione della morte di una terza persona, e questa era anche una donazione a causa di morte, come se un padre avesse donato alla sua nuora pel caso che il figliuolo venisse a morire prima di lei (3).

(1) Tutto ciò è chiaramente spiegato nel Digesto: *39. 6. fr. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 29, e 35. §. 4.* — (2) Almeno applicando qui ciò che altrove è detto della vendita: *Dig. 41. 4. Pro empt. 2. §. 5. f. Paul. 18. 2. De in diem addict. 2. f. Ulp.* — (3) *Dig. 39. 6. 11. f. Ulp.; 18. f. Julian. — Cod. 8. 57. 3.*

La donazione a causa di morte poteva farsi da tutti coloro, che potevan fare un testamento, o de'codicilli (1); ed a tutti coloro che potevano ricevere per testamento (2), e per cose corporali o incorporali, particolari o universali (3).

La forma delle donazioni a causa di morte era stata regolata da una costituzione di Giustiniano che trovasi nel Codice (7), ed alla quale il nostro testo quì fa allusione. Questa costituzione richiede che l' atto sia fatto in presenza di cinque testimoni, verbalmente, o per iscritto, ciò a nulla monta; perciocchè non si richiede la scrittura, come del pari non si richiede la presenza di alcuna persona pubblica, nè la formalità di alcuna insinuazione. Ma è necessario che il consenso del donatario concorra nell' atto, non altrimenti che quello del donante.

Gli effetti della donazione a causa di morte variano secondo il modo com'è stata subordinata alla condizione della morte.

La vera donazione a causa di morte, quella che è condizionale non dovendosi effettuare che al tempo della morte, e solamente se la morte ha luogo, non dà al momento alcun dritto acquistato al donatario, ma quando avviene la morte nel termine preveduto, allora pel solo effetto del dritto, e senz'alcuna tradizione il donatario divien proprietario delle cose donate. Egli è dunque esatto in questo caso il dire che la donazione a causa di morte subito dopo la morte è per sè stessa, e senza tradizione un modo di acquistare (4).

Quanto alla donazione che si fa immediatamente, ma la cui risoluzione è condizionale, subordinata al caso in cui il donante sopravviva al pericolo, questa donazione produce immediatamente i suoi effetti. Gli oggetti essendo consegnati al donatario, subito si acquistano a lui per effetto di questa tradizione: « *Ita donat ut statim fiat accipientis* (5) ».

Ma si avverta che in questo caso la tradizione è il modo di acquistare, e la liberalità non è che la causa della tra-

(1) *D. 39. 6. 15. f. Jul.*; ved. nondimeno *25. f. Marcian.* — (2) Ivi *9. f. Paul.* — (3) Ivi *18. § 2. f, Jul.*; — *28. f. Marcel.* — (4) *Cod. 8. 57. 4.* — (5) « *Non sic dat ut statim fiat accipientis; sed tunc demum cum mors fuerit insecuta* ». *Dig. 39. 6. 2. in fin. fr. Ulp.* — (6) Ivi.

dizione, dal che segue che non si può dire, che questa specie di donazione a causa di morte sia un modo di acquistare la proprietà.

Si avverta pure che ne'principi del dritto romano primitivo il *dominium*, o la proprietà non poteva nella sua esistenza esser dipendente da alcuna condizione: o era, o non era, o si era proprietario, o no. Se dunque il trasferimento ne era stato condizionale, per esempio pel caso che il tale avvenimento incerto avesse luogo, benchè la tradizione dell'oggetto si fosse fatta, essa s'intendea fatta sol per anticipazione; fino a tanto che l'avvenimento indicato non aveva avuto luogo, la proprietà non era trasferita, ed il primo proprietario restava sempre proprietario (1). In senso inverso se il trasferimento della proprietà fosse subito avvenuto, ma sotto la condizione che si risolverebbe in caso di un tale avvenimento incerto, la proprietà s'intendeva trasferita puramente, e semplicemente; essa non trovavasi rivocata pel solo avvenimento della condizione; colui che aveva acquistato rimaneva sempre proprietario, ed il solo effetto della condizione avverata, era di obbligarlo a trasferir nuovamente la proprietà a colui, al quale essa dovea ritornare. Era necessario un nuovo atto di trasferimento di proprietà da una parte all'altra (2). Applicando siffatti principi al caso della donazione a causa di morte, che abbiam tolto ad esaminare, ne risulta che la proprietà degli oggetti dati per questa guisa al donatario si acquista a lui subito, ed irrevocabilmente, tal che se il donante campa dell'indicato pericolo di morte, questa proprietà non ritorna a lui *ipso jure*; ma il solo effetto di questa sopravvivenza è di dargli un azione personale contro il donatario per costringerlo a restituirgli indietro la proprietà. Cosiffatti erano i principi del dritto rigoroso, ma col tempo vennero modificati, e questa modificazione al tempo di Ulpiano già si ravvisa. In fatti noi vediamo da'frammenti di questo giureconsul-

(1) Come vediamo nel D. 23. 3. *De jure dot.* 7. § 5. *f. Paul.* per le cose date in dote sotto questa condizione: « *ut tunc ejus efficiantur, cum nupserit* ». — (2) Come vediamo nel Cod. 4. 54. *De pactis int. empt.* 5. *const. Alex.* per le cose date in esecuzione d'una vendita risolubile sotto condizione.

to, che al suo tempo si pensava potersi avere una proprietà risolubile sotto una condizione, e che questa risoluzione si operava *ipso jure* per solo effetto dell'adempimento della condizione (1); lo stesso si raccoglie da un frammento di Marcello (2); ed in fine il medesimo Ulpiano l' applica spezialmente alla donazione a causa di morte, della quale ora trattiamo, comechè egli presenti la sua decisione siccome un' innovazione soggetta a controversia: « *Potest defendi in rem competere donatori* ». Si può sostenere che la proprietà ritorni al donante per solo effetto della sopravvivenza per modo ch'egli abbia l'azione reale per rivendicare la cosa (3).

La donazione a causa di morte non solo quella che è condizionale, ma anche quella che è immediata, e solamente risolubile in caso di sopravvivenza del donante non è irrevocabile per costui. Egli può sempre rivocare la sua liberalità, e nel caso che le cose sono state donate immediatamente, può intentar l'azione per farsi rendere la proprietà. Questa rivocazione non dipende che dal suo semplice mutamento di volontà, secondo che ci dice il testo (*si eum donationis poenituisset*). La sua insolvibilità al momento della sua morte sarebbe eziandio una spezie di rivocazione indiretta che potrebbe far rescindere la donazione (4).

Per omnia fere legatis connumeretur. La donazione a causa di morte ha, come dice il testo, de'caratteri della donazione tra vivi, e de'caratteri del legato. Noi la paragoneremo alla donazione tra vivi sotto il paragrafo seguente; quanto ai legati non si dee stare alla prima espressione del testo *ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia*, ma al correttivo che seguita, *fere per omnia*. In fatti vi ha tra questi due atti delle rassomiglianze, e delle differenze notabili.

Come il legato, la donazione a causa di morte non diviene perfetta che alla morte del donante (5); essa in fino a questo momento può esser rivocata; può esser fatta a tutti

(1) *D. 6. 1. De rei vindicatione 41. pr. f. Ulp.* — (2) *De in diem addict. 4. §. 3. f. Ulp.*—(3) *Dig. 39. 6. De mort. caus. don. 29. f. Ulp.*— (4) *D. 39. 6. 17. f. Jul.* — Si può veder eziandio ne' Frammenti del Vaticano il titolo *Quando donator intelligatur revocare voluntatem §§. 248. a 265*, il quale pare che si riferisca a questa materia —(5) *D. 39. 6. 32. f. Ulp.*

coloro che posson ricever legati (1); divien caduca se il donante è condannato ad una pena capitale, o che porta diminuzion di capo (2); trasferisce la proprietà pel solo fatto della morte, e senza tradizione; può esser rescissa per cagione d'insolvibilità del donante (3); da ultimo per tralasciar parecchie altre rassomiglianze, una costituzione di Severo vuole che l'erede possa far sulle donazioni a causa di morte la medesima ritenuta che si fa su' legati in vigor della legge Falcidia (4).

Ma a differenza de' legati la donazione a causa di morte si fa con l'intervento del donatario, si richiede il concorso di due volontà (5); frequentemente è seguita dalla tradizione, e subordinata per modo risolutorio alla morte, mentre che il legato non vi è mai subordinato altrimente che per modo sospensivo; in fine, e queste son delle differenze capitali, che importa di ben notare, essa non è, come i legati, dipendente dal testamento; dal che seguita che ha il suo effetto pel solo avvenimento della morte, senza attendere l'adizione dell'eredità (6), e che resta sempre valida benchè il testamento sia nullo, rivocato, o inutile, ovvero l'erede rinunzi all'eredità. La capacità del donatario per ricevere non dev'esser estimata, come nel caso di legati, al tempo della disposizione, ma solamente al tempo della morte (7), e le cause d'indegnità che s'applicano ai legati, non si applicano egualmente alla donazione a causa di morte (8).

Non si vuol confondere con la *donazione* a causa di morte l'*acquisto* a causa di morte (*mortis causa capio*). Quest'ultima espressione è più generale, e comprende propriamente parlando tutti gli acquisti che si fanno per effetto della morte di una persona, e che non appartengono nè alle donazioni, nè a' legati o fedecommessi; per esempio ciò che il padre da ai poveri per occasione della morte del suo figliuolo, ovvero ciò che lo schiavo francato per testamento, o il legatario paga all'erede per obbedire alla condizione impostagli dal testatore (9).

(1) Ivi 9. f. Paul. — (2) Ivi 7. f. Ulp. — (3) Ivi 17. f. Jul. — (4) Cod. 8. 57. 2. (5) D. 39. 6, 38. f. Marcel. — 24. 1. 11. §, 2. f. Ulp, — 44. 7. 55. f. Javol. Tuttavia il punto è contrastato. — (6) D. 39. 6. 29. f. Ulp. — (7) Ivi 22. f. Afric. — (8) D. 34. 9. 5. §. 17. f. Paul. — (9) 39. 6. 8. f. Ulp. — 28. f. Mascel.

Delle donazioni tra vivi.

11. Aliae autem donationes sunt quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus; quae omnino non comparantur legatis; quae si fuerint perfectae temere revocari non possunt. *Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit.* Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum robur et perfectum, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro principum dispositiones *insinuari* eas actis intervenientibus volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit; et *quasdam donationes* invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quae omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quod etsi plenissimae sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestitimus *certis ex causis* eas revocare: ne qui suas res in alios contulerunt, ab his quamdam patiantur injuriam, vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

Sono poi altre donazioni, le quali si fanno senz' alcun pensiero di morte, e le quali noi chiamiamo tra i vivi, e che non sono affatto assomigliate a' legati, le quali se saranno perfettamente fatte non si possono così temerariamente rivocare. *E fannosi perfettamente quando il donator manifesta la sua volontà in iscritto, o senza scritto.* E la nostra costituzione ha voluto che così fatta sorta di donazione ad esempio della vendita porti la necessità di dare la cosa donata, e non essendo data, abbia nondimeno la donazione pienissimo, e perfetto vigore, e sia astretto il donatore alla tradizione. E siccome per addietro i Principi volevano che se la donazione fosse di più di dugento soldi si facesse scrittura intervenendo atti pubblici, la nostra costituzione ha ampliato quella quantità fino a cinquecento soldi, e questa ha voluto che stia anche senza scrittura, ed ha ritrovato certe donazioni, le quali non ricercano scrittura, ma hanno in se medesime pienissima fermezza. Oltre che abbiam ritrovato molte altre cose per proteggere l'effetto delle donazioni, le quali tutte si possono raccorre dalle nostre costituzioni, che sopra questa materia abbiam fatte. Nondimeno si ha a sapere, che quantunque le donazioni sian valide, e ferme, se coloro, ai quali donando è stato fatto beneficio saranno ingrati, abbiam data licenza a' donatori che per certe cagioni possano rivocar le donazioni, acciocchè quegli che avranno dato le cose loro ad altri non sopportino da chi le ha ricevute ingiuria, e danno; però secondo i modi esposti nella nostra costituzione.

Perficiuntur cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit. Qui è necessario ben fermare i cambia-

menti che il dritto ha patiti. La donazione, noi abbiam detto, non era nella sua origine un contratto, un' obbligazione tra le parti, ma era un trasferimento della proprietà (*datio*), che avea luogo per liberalità (*dono*), e che si operava secondo le regole ordinarie: per la mancipazione, o per la cessione *in jure* per le cose *mancipi*, e per la sola tradizione per le cose *nec mancipi*: « *Donatio praedii quod mancipi est traditione atque mancipatione perficitur; ejus vero quod nec mancipi est, traditione sola* » (1). Ma la convenzione per la quale una persona prometteva ad un altra o per iscritto, o verbalmente, di donarle una cosa, non produceva alcun effetto, non ingenerava nè dritto nè obbligazione nè da una parte nè dall' altra; essa era semplicemente la manifestazione di un' intenzione di liberalità, ma senza alcuna conseguenza, secondo che positivamente si legge in una costituzione dell' imperadore Alessandro riferita ne' Frammenti del Vaticano: « *Professio donationis apud acta factae, cum neque mancipationem, neque traditionem subsecutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis, quam effectum rei actae continet* » (2). Questo proveniva da ciò che nel dritto romano perchè una convenzione fosse obbligatoria non bastava ch' essa non contenesse nulla d' impossibile, o di contrario ai costumi o alle leggi, ma era inoltre necessario che si trovasse nel numero dei contratti, cioè nel numero delle convenzioni prevedute, e consacrate formalmente dal dritto civile antico siccome obbligatorie; ovvero che fosse rivestita delle forme della stipulazione. Or la donazione non era un *contratto* ma un semplice patto, cioè una convenzione non obligatoria per se medesima, e però quando il donante voleva obbligarsi dovea prometter la cosa con le forme solenni della stipulazione.

La legge *Cincia* l' anno 550 di Roma creò per le donazioni e per la loro forma, secondo le persone ed i beni, un gran numero di regole, che qui sarebbe troppo lungo annoverare, e che ci sono state rivelate per la scoperta de' Frammenti del dritto romano nella biblioteca del Vaticano.

L' uso da prima, e le imperiali costituzioni di poi riconobbero più tardi come obbligatorie le promesse di donazioni fatte per i-

(1) Framm. del Vatic. *De donationibus ad legem Cinciam* §. 313. — (2) Ivi §§. 226. e seg. —

scritto senza stipulazione, ed allora la donazione entrò nel numero di que' patti, i quali benchè non obbligatori nella loro origine, posteriormente divenner tali per eccezione al dritto rigoroso. Si posson leggere nel Codice di Teodosio le costituzioni di Costantino sulle forme di questi atti di donazione (1).

Finalmente Giustiniano vuol che il solo consentimento scritto o non scritto renda perfetta la donazione, benchè non vi sia stata tradizione. Ma bisogna ben comprendere il senso di questa parola *perfetta*; essa non significa che la donazione trasferisce di pieno dritto senza tradizione, e per se medesima la proprietà al donatario; ma solamente che essa obbliga il donante, contro del quale si potrà intentare l'azione, perchè egli dia la cosa donata. Del resto la sola tradizione può render proprietario il donatario; e per conseguenza non è esatto il dire che questa donazione, convenzione, o patto obligatorio sia un genere di acquisto, giacchè essa non è altro che la causa.

Insinuari vuol dire che lo scritto comprovante la donazione debbesi render pubblico inserendolo tra gli atti de' magistrati. Le donazioni non inserite in questo modo in atti pubblici non erano nulle pel tutto, ma solamente per la parte che eccedeva la prescritta somma.

Quasdam donationes: come sarebbe a dire quelle fatte dall' imperadore, o all' imperadore, pel riscatto de' prigioni, per la riedificazione di edifizi incendiati, o rovinati.

Certis ex causis. Le cause d' ingratitudine annoverate nella costituzione di Giustiniano sono: le ingiurie gravi, le violenze contro la persona del donante, i danni considerevoli cagionati per dolo ne' suoi beni, l' attentato contro la sua vita, l' inadempimento delle condizioni della donazione. La rivocazione della liberalità per causa d' ingratitudine era tutta personale contro il donatario ingrato, e non poteva estendersi contro i suoi successori, nè contro i terzi (2).

La sopravvegnenza di figliuoli non era in dritto romano una causa di rivocazione, tranne per le donazioni della totalità, o di una quota parte de' beni fatte da un padrone senza figliuoli al suo schiavo francato. Questa disposizione introdotta da Costantino (3) sola-

(1) Cod. Theod. lib. 8. tit. 12. cost. 1. 2. 5. e 6. di Costantino, ed 8. §. 1. di Onorio e di Teodosio. — (2) Cod. 3. 56. *De revocandis donationibus* 10. — (3) Ivi 8.

mente pe' padroni, i quali aveano in certa guisa cercato un figliuolo nel loro liberto, è stata da alcuni comentatori falsamente riguardata come applicabile a tutti gli altri donatori.

Per indicare i caratteri di differenza, e di rassomiglianza tra la donazione tra vivi, e la donazione a causa di morte si può dire che quasi in tutti i punti ne'quali la donazione a causa di morte differisce da' legati, e che noi abbiamo notati (quì sop. p. 195) essa si avvicina alla donazione tra vivi; e reciprocamente che quasi tutte le rassomiglianze ch' essa ha coi legati (p. 194) costituiscono le sue differenze con la donazione tra vivi. Si può inoltre avvertire che la donazione a causa di morte non ha mai bisogno d' esser inserita in atti pubblici (*insinuata*), e che può aver luogo tra marito e moglie a differenza delle donazioni tra vivi (1).

Delle donazioni tra conjugi. (*Donatio inter virum et uxorem*).

In quanto ai matrimoni ne' quali la donna era passata *in manu viri* l'ipotesi di siffatte donazioni non si poteva presentare; perciocchè siccome la donna *in manu* non poteva nulla avere nè acquistare per se medesima, risedendo tutta la proprietà nel capo di famiglia, così non poteva tra loro esser quistione di donazione. In quanto ai matrimoni, ne' quali, non avendo luogo la *manus*, ciascuno de' conjugi conservava la sua personalità distinta, fu per le costumanze romane ricevuto, che le donazioni tra conjugi non sarebber valide: « *Moribus apud nos receptum est*, dice Ulpiano, *ne inter virum et uxorem donationes valerent* » (2). Le ragioni ben gravi di siffatta proibizione sono esposte dal giureconsulto, e dall' estratto ch' egli riporta di una proposizione di senato consulto (*oratio*) fatta da Antonino Caracalla (3). Si dee in questa materia distinguer due epoche differenti: 1° quella che precedette il senato-consulto renduto su questa proposizione; 2° quella che lo seguì. Durante la prima epoca la proibizione era assoluta, la donazione tra conjugi per qualunque atto si fosse effettuata, mancipazione, tradizione, stipulazione o qualsivoglia altro, era nulla di dritto: « *Ipso jure nihil valet, quod actum est* » (4). Dopo il senato-consulto pubblicato sotto Antonino Caracalla questo rigore è modificato. Il consor-

(1) D. 39. 6. 43. f. Nerat. — (2) 24. 1. 1. f. Ulp. — (3) Ivi 3. *princ.* f. Ulp. — (4) Ivi 3. §§. 10. e seg.

te donante potrà sempre rivocare la sua donazione, ma se muore senz'aver manifestato alcuna volontà a questo riguardo, la donazione si troverà convalidata « *Ait Oratio*: *Fas esse eum quidem qui donavit poenitere ; haeredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit durum et avarum esse* » (1). Allora si applica a questa donazione ciò che si dice de' legati, e de' fedecommessi: « *Ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitae supremum exitum* » (2).

Così nell'una, come nell'altra epoca alcune donazioni erano state eccettuate dalla regola; e per conseguenza eran valide ed irrevocabili, quantunque tra conjugi. Per esempio: quelle che non aveano il doppio effetto d' impoverire il donante, e di arricchire il donatario, come sarebbe la donazione di un luogo per sepoltura, d' uno schiavo per francarlo, etc. (3); quelle fatte per ottenere una dignità (4); per ristorare un edifizio rovinato per accidente (5); per far divorzio (6), ed alcune altre.

Del resto se l' uomo e la donna sono soltanto fidanzati, o se le nozze tra loro contratte si trovan nulle, non vi è *vir* ed *uxor*; e però la donazione segue le regole ordinarie (7).

Della dote e delle donazioni a causa di nozze.

III. Est et aliud genus inter vivos donationum quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est: quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus pater noster cum augeri dotem et post nuptias fuerat permis-

3. Vi ha parimente un altra sorta di donazione tra i vivi, la quale fu del tutto incognita a' prudenti antichi, e che poi dai seguenti divini principi fu introdotta, la quale si chiamava donazione innanzi alle nozze, ed aveva in se una tacita condizione che la donazione valesse ogni volta che il matrimonio fosse adempiuto. E si addomandava innanzi alle nozze, perciocchè si faceva innanzi al matrimonio, ma non valeva facendosi dopo celebrate le nozze. Ma il divino Giustino nostro padre fu il primo che per una sua costituzione per-

(1) D. 24. 1. 32. §. 2. f. Ulp. (2) Ivi §. 3. — (3) Ivi 5. §§. 8. a 12, e 16. f. Ulp. — Paul. Sent. 2. 23. §. 2 — (4) D. 24. 1. 40. f. Ulp. — Ulp. Reg. 7. §. 1. — (5) D. 24. 1. 14. f. Paul. — (6) Ivi 11. §. 11. f. Ulp. 12. f. Paul. — 60. §§. 1. e 62. f. Hermog. — (7) D. 24. 1. 5. pr. f. Ulp.; 27. f. Modest.; 3. §. 1. Ulp.; 65. f. Labeon.

sum, si quid tale evenit etiam ante nuptias donationem augeri, et constante matrimonio, sua constitutione permisit. Sed tamen nomen inconveniens remanebat cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur; et dotibus in hoc exaequantur, ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solum augentur sed etiam fiunt, ita et istae donationes quae propter nuptias introductae sunt non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, et constituantur.

mise che, siccome era conceduto che le doti dopo le nozze si potessero aumentare, così la donazione innanzi le nozze potesse aumentarsi durante il matrimonio; nondimeno restava il nome non conveniente alla cosa, conciosiachè dicendosi innanzi alle nozze, l' aumento si faceva però dopo le nozze. Ma desiderando noi che le costituzioni siano in tutto perfette, ed ingegnandoci che i nomi abbiano convenienza con le cose, ordinammo che così fatte donazioni non solamente s' aumentino, ma comincino anche stando il matrimonio, e si chiamino non innanzi alle nozze, ma per cagion delle nozze, e si agguaglino alle doti in questo che, siccome le doti, stando eziandio il matrimonio, non solamente si aumentano, ma ancora si costituiscono, così queste donazioni, che son introdotte per cagion delle nozze non solamente vadano innanzi al matrimonio, ma si facciano, e si aumentino eziandio dopo contratto il matrimonio.

La donazione per cagion delle nozze dalla parte del marito, intimamente si lega alla dote, dalla parte della moglie; è però è necessario esporre i principi generali, che regolano questa, innanzi che ci facciamo a trattare della prima.

Il dritto romano definisce la dote: tutto ciò che da parte della donna si apporta al marito per sopportare i pesi del matrimonio (*ad ferenda matrimonii onera*). La dote riceve eziandio la denominazione più generale di *res uxoria* (cosa che viene dalla donna), espressione consacrata spezialmente nel nome dell' azione per la restituzione della dote (*rei uxoriae actio*) (1).

Il sistema del dritto romano su questa materia si è svolto lentamente, con l' andare del tempo. La dote non era più che la donazione tra vivi nel numero de' contratti. Essa effettuavasi da prima per la *dazione* degli oggetti fatta al marito innanzi al matrimonio; cioè pel trasferimento di questi oggetti in proprietà di lui per mezzo degli atti di alienazione riconosciuti dal dritto civile, come la

(1) *Vatic. J. R. Fragm.* §§. 94. 102, 112. — Inst. 4. 6. §. 29. — Cod. 5. 13.

mancipazione, la cessione giuridica, o la semplice tradizione per le cose *nec mancipi* (1). In prosieguo di tempo quando alcuno si voleva obbligare a dare una dote, e non darla immediatamente si usarono le formalità della stipulazione: il marito stipulava la dote, e quegli che voleva obbligarsi a darla, prometteva. Oltre questa forma generale di obbligarsi s' introdusse una forma particolare, e al tutto speciale a quest' oggetto, la dizione della dote (*dictio dotis*), cioè, secondo tutte le apparenze, la dichiarazione in termini solenni di ciò che costituivasi in dote, senza alcuna precedente interrogazione del marito (2). Tutto questo da Ulpiano si riassume nelle seguenti parole: « *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* » (3). Ed ecco perchè la dote sotto il riguardo del modo com' è stata costituita è o data (*data*), o detta (*dicta*), o promessa (*promissa*). La dazione e la promessa essendo forme generali del dritto civile comune, potevano esser fatte da qualunque cittadino, ma la *dizione* essendo una forma speciale, ed eccezionale non era permessa che alla moglie, o a' suoi ascendenti paterni (4).

In ultimo luogo la convenzione in qualunque modo si fosse fatta, fu finalmente considerata come obbligatoria, e noi troviamo nel Codice una costituzione di Teodosio, e di Valentiniano, la quale consacra questo principio (5). Da quel tempo la *dictio dotis* dovè cominciare a venir meno. Sotto Giustiniano non se ne fa più parola.

Pare che assai di buon' ora fu permesso non pure di costitui-

(1) Gai. 2. §. 63. — (2) È quistione molto dibattuta se la dizione della dote costituì una spezie di contratto particolare indipendente dalla necessità ordinaria di una interrogazione, e d' una risposta conforme. Le forme in particolare di questa *dizione* ci sono ignote, ma il suo carattere tutto speciale, ed eccezionale chiaramente risulta, a nostro avviso, dagli estratti di Ulpiano che qui citiamo, e noi troviamo nel Digesto un gran numero di frammenti, ne'quali senza dubbio era quistione d' una dote costituita per *dizione*, e da quali si può raccorre che la formola di siffatta *dizione* era presso a poco la seguente: « *X* TIBI DOTI ERUNT; FUNDUS SEMPRONIANUS TIBI DOTI ERIT; QUOD MIHI DEBES TIBI DOTI ERIT, etc. (Dig. 23. 3. *De jure dot.* f. 25. 44. §. 1, etc.) — (3) Ulp. Reg. 6. §. 1. — (4) « *Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris si jussu ejus dicat; (item) parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare promittere dotem omnes possunt* » Ivi §. 2. — Ved. anche *Vatic J. R.* Frag. §§. 99. e 100. — (5) Cod. 5. 11. 6. —

re la dote innanzi al matrimonio, ma ancora di aumentarla, o anche stabilirla, stando il matrimonio; perciocchè Teofilo nella sua Parafrasi di questo paragrafo parla a questo proposito degli antichi giureconsulti, e noi vediamo in effetto che questa facoltà già esisteva al tempo di Paolo, il quale così si esprime: « *Dos aut antecedit, aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias, vel post nuptias dari potest* » (1). Nondimeno le donazioni tra vivi eran proibite tra conjugi, ma la costituzione di dote si considerava come al tutto differente nel suo scopo da una ordinaria donazione. Del resto quando essa precedeva le nozze, riputavasi sempre fatta sotto la condizione tacita che il matrimonio avesse luogo: *Sed ante nuptias data earum expectat adventum* » (2).

La dote si trovò siffattamente favorita, soprattutto dopo le leggi che Augusto avea fatte per moltiplicare i matrimoni, che se ne fe' quasi una cosa d' interesse pubblico, come manifestamente si vede da questa massima. « *Reip. interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* » (3). Le donzelle aveano eziandio un azione per costringere il loro padre, o avolo paterno a dotarle (4).

Sotto la relazione delle persone, dalle quali era costituita, la dote era o profettizia (*profectitia*), o avventizia (*adventitia*). Profettizia se proveniva dal padre, o dall' avolo paterno, cioè se era stata costituita da loro, o da altri per conto loro; poco importava se trattavasi di una fanciulla in potestà paterna, o emancipata; perciocchè, a questo riguardo, non si prendeva in considerazione la potestà paterna (5). Avventizia, se proveniva da ogni altra persona, o che fosse costituita dalla donna sui propri beni, o da qualunque terzo (6): « *Dos aut profectitia dicitur, idest quam pater mulieris dedit; aut adventitia, id est ea quae a quovis alio data est* » (7). Questa distinzione era importante per determinare a chi dovea ritornare la dote, in caso che la donna venisse a morire, stando il matrimonio. La dote profettizia dovea ritornare al padre, o all' avolo paterno, che l'avea costituita: eglino dandola aveano adempiuto un dovere, soddis-

(1) Paul. Sent. 2. 21. §. 1. — Dig. 23. 3. 4. f. Paul. (2) Paul. Sent. 2. 21. §. 2. — Dig. 23. 3. 21. f. Ulp. — (3) D. 23. 3. 2. f. Ulp. — (4) D. 23. 2. 19. f. Marcian. — (5) D. 23. 3. 5. §§. 1. a 8; 11. e 12. f. Ulp. — (6) Ivi §§. 9. 11. e 14. — (7) Ulp. Reg. 6. §. 3. —

fatta un' obbligazione di paternità, e però, morta durante il matrimonio la figliuola, riprendevano questi beni. Per contrario la dote avventizia restava al marito sopravvivente; salvo che il terzo, il quale l' avea costituita, non avesse stipulato che, in caso di premorienza della donna, dovesse la dote ritornare a lui, nel qual caso la dote addomandavasi *receptitia* (1). Se il matrimonio si discioglieva, vivendo la moglie, o per divorzio, o altramente, la dote o che fosse profettizia, o avventizia ritornava alla moglie, o a' suoi eredi (2). Giustiniano modifica in molti punti questo antico dritto, e segnatamente nel senso che se la moglie si muore, stando il matrimonio, la dote avventizia in cambio di restare al marito debbe ritornare agli eredi di lei (3).

La generazione successiva di ciò che noi chiamiamo il regime dotale è curiosa a studiare. Per qual gradazione dal matrimonio accompagnato dalla *manus* maritale, in cui la personalità della moglie era assorbita dal marito, in cui tutto ciò ch' ella avea, a lui come a suo capo universalmente ed irrevocabilmente si acquistava, si è passato ad un sistema, nel quale la dote apportata dalla moglie a sostenere i pesi del comune mantenimento, è conservata e garentita a lei? Questo esame sarebbe di molto interesse, ma troppo lungo ad esporre in questo luogo. Checchè ne sia, nel dritto romano primitivo sulla dote, il marito ne diviene assoluto padrone; egli può disporre a suo talento de' beni che la compongono, alienarli, obbligarli, ipotecarli senza distinzione di mobili, o d' immobili; perciocchè a lui sono stati dati in proprietà per via de' modi traslativi del dominio. Una prima restrizione è apportata a questa proprietà del marito: ed è l' obbligazione per lui di restituire i beni dotali allo scioglimento del matrimonio; cioè nella medesima natura, qualità, e quantità, ovvero il valore per le cose fungibili, o stimate nel contratto; e identicamente per le altre cose. Ma quest' obbligazione di restituire in natura non è ancor sanzionata per alcuna garentia precisa; il marito essendo sempre il padrone, può sempre alienare validamente, niuna legge gli toglie questa facoltà nè pe' mobili, nè per gl' immobili. Il principio dell' inalienabilità degl' immobili dotali non ancora esiste nel dritto romano. La prima legge che

(1) Ivi §§. 4. e 5. — (2) Ivi §§. 6. e 7. — (3) Cod. 5. 13. const. 1. §§. 6. e 13.

comincia ad introdurlo in parte, è il plebiscito fatto al tempo di Augusto sotto il nome di *Lex Julia de adulteriis et de fundo dotali*; questo plebiscito vieta sul territorio italico di ipotecare il fondo dotale della moglie, anche col suo consentimento, e di alienarlo senza ch' ella vi consenta. L' immobile dotale a quest' epoca è ancora alienabile, soltanto si richiede il consenso della moglie. Finalmente Giustiniano stabilisce interamente l' inalienabilità degl' immobili dotali anche col consentimento della moglie; quest' immobili sono, per così dire, colpiti di mano-morta durante il matrimonio: inalienabilità che noi oggidì riguardiamo come dell' essenza del regime dotale. Il vecchio principio, che il marito è proprietario della dote resta sempre nel dritto: esso era una verità nell' antico, ma sotto molti rispetti è una falsità nel nuovo; tuttavia vi rimane come una massima (1).

Quanto alla donazione *ante nuptias*, il suo uso fu introdotto posteriormente a quello della dote; le prime tracce, che le raccolte del dritto romano ce ne offrono, appartengono al tempo di Teodosio, e Valentiniano, i quali nondimeno ne parlano come di un' istituzione di già stabilita (2).

Questa specie di donazione, che il marito faceva alla donna, avea sempre luogo innanzi alle nozze, perciocchè le donazioni tra vivi eran vietate tra i conjugi.

Essa fu introdotta a simiglianza, e come per compenso della dote, ed ecco in che consisteva siffatto compenso:

Come la donna apportava la sua dote per sostenere i pesi del matrimonio, così parimente il marito recava la donazione antenuziale, la quale era spezialmente destinata a quest' uso;

Come il fondo dotale non poteva esser obbligato verso i creditori, così parimente le cose, che componevano la donazione antenuziale, eran sicure dalle loro persecuzioni, in questo senso che, stando il matrimonio, fino a che il marito era pienamente solvibile, la donna non avea alcun dritto ad esercitare sulle cose donate, ma s' egli diveniva insolvibile, ella avea un azione personale ed ipotecaria per farsele dare, ed anche un' azione reale per rivendicar quelle, che erano state alienate per frode, ed ella ne godeva

(1) Vedi su questo punto i particolari che noi diamo intorno a ciò tit. 8. pr pag. 211. — (2) Cod. 5. 17. 8. §. 4.

durante tutto il matrimonio (1). Per tal modo la sua sorte, e quella de' suoi figliuoli era assicurata tanto per la dote, quanto per la donazione ante-nuziale;

Come la dote si restituiva alla fine del matrimonio, così parimente il marito allora riprendeva tutt' i suoi dritti sugli oggetti compresi nella donazione antenuziale;

Come in certi casi la donna soffriva talora per punizione la perdita della dote, nello stesso modo il marito, se trovavasi ne' medesimi casi, perdeva la sua donazione;

Da ultimo se i conjugi avean convenuto che il marito in caso di sopravvivenza potrebbe ritenere una certa parte della dote, per reciprocanza la moglie avea dritto ad un somigliante vantaggio sulla donazione, se fosse sopravvissuta. Secondo una costituzione degl' imperadori Leone, ed Antemio (anno 468) in questi vantaggi di sopravvivenza dovea osservarsi un' eguaglianza proporzionale, il quarto, il terzo, la metà della donazione (2); e, per una Novella di Giustiniano, eguaglianza numerica, cioè la medesima somma per quello che sopravviverebbe (3).

Del rimanente il testo spiega sufficientemente come, e perchè Giustiniano permette di aumentare, ed anche di costituire siffatta donazione durante il matrimonio, e come per questo egli ne cangia il nome.

IV. Erat olim et alius modus civilis adquistionis per jus adcrescendi quod est tale. Si communem servum habens aliquis cum Titio solus libertatem ei imposuit *vel vindicta*, *vel testamento*; eo casu pars ejus amittebatur, et socio adcrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo et libertate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, saevioribus autem dominis lucrum adcrescere, hoc quasi invidia plenum, pio remedio, per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam, per quam manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit nostro benefi-

4. Era parimente ne' tempi passati un altro modo civile di acquistare per ragion di accrescimento, il quale è così fatto. Se alcuno che avesse avuto uno schiavo in comune con Tizio, gli avesse dato egli solo la libertà, o per via di vinditta, o per testamento, in quel caso si perdeva la sua parte e s' accresceva al compagno. Ma essendo mal fatta cosa che lo schiavo fosse defraudato della libertà, e che il padrone più umano ricevesse danno, e s' accrescesse il guadagno dello schiavo forse a più severo padrone di lui, giudicammo che fosse necessario per nostra costituzione emendar questa cosa come piena d' in-

(1) Cod. 5. 12. 29. — 8. 18. 12. §. 2. — Nov. 109. cap. 1. — Nov. 61. cap. 1. princ. 1. e §. 3. — (2) Cod. 5. 14. 9. — (3) Nov. 9. cap. 1.

tio fruantur: libertate cum effectu procedente, cujus favore antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisse manifestum est, et eo qui eam imposuit suae liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni servato, pretiumque servi secundum partem dominii, *quod nos definivimus*, accipiente.

vidia, con pio rimedio, e trovammo una via, per la quale abbiano a godere il liberatore, il compagno, e chi riceva la libertà, rimanendo ferma la libertà, per favor della quale è manifesto che gli antichi legislatori ordinarono molte cose contro le regole comuni, e godendo il liberatore della fermezza dell' imposta libertà, ed essendo compensato del danno il compagno, col ricever il prezzo dello schiavo, che noi abbiam diffinito, secondo la parte posseduta da lui.

Vindicta nel testamento. Questo non è abbastanza preciso; la regola, alla quale il testo fa allusione, sta in ciò che se la manomissione era tale che il francato avrebbe dovuto esser solamente Latino-Giuniano, o Deditizio, essa non produceva alcun effetto, e i comproprietari conservavano ciascuno il lor dritto, ma se era così fatta che avrebbe dovuto rendere il francato cittadino romano, allora l' accrescimento avea luogo in pro del padrone che non avea dato la libertà (1),

Quod nos definivimus. Trovasi questa tariffa regolata secondo l' impiego dello schiavo in una costituzione di Giustiniano inserita nel Codice lib, 7. tit. 7. 1. §. 5.

Delle azioni relative alle donazioni.

In quanto alle donazioni a causa di morte, si vuol distinguere se sono condizionali pel caso di morte, o immediate, ma risolubili in caso di sopravvivenza.

Se la donazione è condizionale pel caso di morte, in fino a che questa condizione non sia adempita, il donatore resta proprietario, egli solo ha l' azione reale per rivendicazione, il donatario non ha per ancora nè dritto esigibile, nè azione: ciò posto se la condizione della morte viene a mancare, il donatario non ha mai avuto dritto alcuno; ma se per contrario si avvera, egli per questo solo diviene proprietario, ed acquista in conseguenza l' azione di rivendicazione (2),

(1) Ulp. Reg. tit. 1. §. 18. — Paul. sent. lib. 4. tit. 12. §. 1. — (2) D. 39. 6. 29. f. Ulp. —

Se la donazione è immediata, ma risolvibile in caso di sopravvivenza, il donatario riceve immediatamente la cosa, ne diviene proprietario, ed ha per conseguente l'azione reale di rivendicazione (1). Ma siccome la donazione è risolvibile, può avvenire:

1.° Che il donante si penta, e voglia rivocar la sua liberalità; i testi gli danno in questo caso due azioni: o la *condictio* azione personale contro il donatario, per sostenere ch' egli è obbligato a rendergli la proprietà della cosa, o l'azione reale non *diretta* cioè discendente direttamente dal dritto, ma *utile* cioè conceduta solamente per equità, per utilità, perocchè secondo lo stretto dritto, come l'abbiamo spiegato, non ritornando a lui la proprietà *ipso jure*, egli non dovrebbe avere azione reale (2).

2.° Può anche accadere che la condizione di sopravvivenza si compia, e risolva la donazione. Allora il donante per farsi rimettere nella proprietà della cosa (3), ovvero per riscuoterne, se così gli piace (4), il prezzo, quando sia stata alienata, ha la *condictio* fondata su questo che il caso preveduto pel mantenimento e fermezza della donazione non ha avuto luogo (*condictio quasi re non secuta*).

Oltre a quest' azione *in personam* noi abbiam già detto che Ulpiano gli dà eziandio, ma come concessione di favore e suscettiva di esser contrastata, un' azione *in rem* per rivendicare la cosa, come se la proprietà fosse a lui ritornata di dritto pel solo effetto della sua sopravvivenza (5). Queste azioni reali, che una giurisprudenza favorevole gli concede contrariamente ai principi del dritto stretto, gli sono grandemente utili, soprattutto contro i terzi detentori, tra le mani de' quali può per tal modo seguire la cosa.

Quanto alle donazioni tra vivi, egli è evidente che se sono state seguite dalla tradizione fatta dal proprietario, la proprietà è

(1) Ivi. — (2) Ivi 30. f. Ulp. — (3) Ivi 35. §. 3. f. Paul. — (4) Ivi 37. §. 1. f. Ulp.; ma se si trattasse d' uno schiavo, che dopo la donazione fosse stato francato, per favore della libertà, si decide che non si potrebbe altro che richiederne il prezzo (Ivi 39. f. Paul.). — (5) D. 39. 6. 29. f. Ulp. Siccome l' azione reale, e la *condictio* non possono generalmente per lor natura cumularsi, perchè le pretensioni dell' attore nell' una e nell' altra di queste azioni sono radicalmente contraddittorie, come appresso spiegheremo, così qui non si può trattare che dell' azione reale *utile*; o di un disparere tra i giureconsulti, i quali davano in questo caso chi l' azione reale, e chi la personale. L' azione personale è conforme ai principi stretti del dritto civile; l' azione *in rem* non è che una concessione posteriore più favorevole.

trasferita, e l'azione reale acquistata al donatario; ma da che queste donazioni, nella legislazione di Giustiniano son perfette indipendentemente da ogni tradizione, in questo senso che obbligano il donante a dare la cosa donata, è necessario esaminare quali sono le azioni per le quali questi può esser costretto all'adempimento della sua obbligazione. Se la donazione è stata fatta con la solennità d'una stipulazione, e d'una promessa conforme, allora hanno luogo le azioni ordinarie, che nascono dalla stipulazione (*condictio certi* se la stipulazione è determinata; *ex stipulatu* se è indeterminata). Ma se la donazione è stata fatta per la sola convenzione, il che altra volta formava un semplice patto non obbligatorio, allora se ne richiede l'esecuzione per un'azione personale, che si applica generalmente ai diversi casi, ne' quali un'obbligazione è stata introdotta da una nuova legge, e che addimandasi *condictio ex lege* (1). Ma qualunque sia l'azione che si intenti contro il donatore, egli mai non dee esser condannato oltre a quello che gli è possibile di fare (2). Egli non risponde dell'evizione, salvo che non siasi a ciò spezialmente obbligato, o non vi sia stato dolo da sua parte (3).

TITULUS VIII.	TITOLO VIII.
QUIBUS ALIENARE LICET VEL NON.	A QUALI PERSONE SIA LECITO ALIENARE, ED A QUALI NO.

Dopo aver esposto quali sono i *modi di acquistare la proprietà*, segue naturalmente che si esamini *da quali persone la proprietà può esserci trasferita, e per quali persone noi possiamo acquistare.* Tali sono i soggetti di questo e del seguente titolo.

In regola generale, per trasferire ad altri la proprietà per un modo qualunque, il che dicesi alienare (*rem alienam facere*) è necessario avere questa proprietà, e reciprocamente quando si ha la proprietà, si può alienare. Non pertanto noi vedre-

(1) « *Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.* » (D. 13. 2. f. Paul.) — Cod. 8. 54. 35. §. 5. — (3) D. 39. 5. 12. f. Ulp.; 32. pr. e §. 3. f. Hermog. — (4) Ivi 18. §. 3. f. Ulp.

mo seguendo il testo, che queste due regole patiscono delle eccezioni.

Accidit aliquando, ut qui dominus sit alienare non possit; et contra qui dominus non sit alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus, invita muliere, *per legem Juliam* prohibetur alienare, *quamvis ipsius sit*, dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quae italicae fuerant, ėt alienationes inhibebat, quae, invita muliere, fiebant, *hypothecas autem earum etiam volente*, utrique remedium imposuimus, ut et in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta fiat alienatio, vel obligatio, et neutrum eorum, neque *consentientibus mulieribus*, procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur.

Avviene alle volte che chi è padrone di una cosa non la possa alienare, ed all' incontro chi non è padrone abbia potestà d' alienarla. Perocchè per la legge Giulia è vietato al marito, non acconsentendo la moglie, alienare il podere ch' egli abbia ricevuto per conto di dote, quantunque sia suo ciò che gli è dato per ragion di dote. La qual cosa abbiam ridotto in miglior forma correggendo la legge Giulia; perocchè questa avea luogo solamente in quelle cose che erano in Italia, e vietava le alienazioni che si facevano non acconsentendo la moglie, e le ipoteche anche acconsentendovi lei, e noi ponemmo rimedio all' una cosa ed all' altra, cioè ordinammo che sia interdetta l' alienazione e l' obbligazione in quelle cose eziandio che son poste nelle province, cosicchè non valga nè l'una cosa nè l' altra, ancorchè le donne acconsentissero, affinchè la sostanza loro per la fragilità del sesso feminile non abbia a patir danno.

Per legem Juliam: Lege Julia *de adulteriis*, dice Paolo nelle sue sentenze « *cavetur ne dotale praedium maritus invita uxore alienet* » (1). Dunque si tratta del plebiscito fatto sotto Augusto, e conosciuto sotto il titolo di Lex Julia *de adulteriis, et de fundo dotali*.

Quamvis ipsius sit... Il sistema del regime dotale non si è svolto nel dritto romano che gradatamente con l' andare del tempo, siccome abbiam detto (p. 201). Nel principio le cose arrecate in dote al marito dandosi a lui con le formalità necessarie per trasferire la proprietà, a lui appartenevano senza restrizione: « *Quamvis ipsius sit*, dice Gaio, *vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum* » (2); parole alle quali i compilatori delle Istituzioni han sostituito queste *dotis*

(1) Paul. Sent. lib. 2. tit. 21. — (2) Gai. Inst. comm. 2. § 63.

causa ei datum, perchè in quest' epoca la mancipazione, e la cessione *in jure* non sono più in voga. Questo dritto di proprietà si trovò successivamente modificato; da prima per l' obbligazione di rendere in natura dopo lo scioglimento del matrimonio gli oggetti particolari che non si erano stimati, e più tardi per la legge Giulia come sanzione di questa restituzione, pel divieto di alienare gl' immobili dotali senza il consentimento della moglie. Se quest' immobili, quando si arrecarono in dote fossero stati stimati, e si fosse lasciata al marito la scelta di rendere dopo lo scioglimento del matrimonio il prezzo della stima in cambio degl' immobili, è manifesto ch' egli avrebbe il dritto di alienarli (1).

Hypothecas autem etiam volente: Siccome lo scopo della legge Giulia era solamente di assicurare alla moglie la restituzione del suo immobile dotale, e non di garentire ancora quest' immobile contro la moglie medesima, così questa legge avea permesse le alienazioni fatte, *acconsentendo la moglie*: ma era mestieri che la donna avesse dato questo consenso da senno, conoscendo bene che trattavasi di alienazione, e non in una maniera indiretta e di cui ella non prevedeva le conseguenze. Ecco perchè l' immobile non poteva essere ipotecato anche acconsentendo la moglie; perciocchè quest' ipoteca avrebbe potuto indirettamente condurla ad un' alienazione, ch' ella non avea preveduta, e d' altra parte ella non riceveva quì, come nel caso di vendita, un prezzo in cambio del suo immobile (2).

Neque consentientibus mulieribus: Quì il sistema dotale si cambia, e riceve il suo compimento; non si tratta più di assicurar solamente contro il marito i dritti della moglie alla restituzione del suo immobile, ma ancora di assicurar quest' immobile contro la debolezza della donna medesima, in tutti i casi in cui dee ritornare a lei, o a' suoi eredi dopo lo scioglimento del matrimonio. Per conseguenza esso non potrà essere alienato anche aconsentendo lei. Ecco per qual gradazione si è giunto al principio dell' inalienabilità del fondo dotale, principio che per altro non si applica agli oggetti mobiliari.

Se contro al divieto l'alienazione del fondo dotale avesse luo-

(1) Dig. 23. 5. 11. f. Afric. — (2) Ved. intorno a ciò la parafrasi di Teofilo sotto questo paragrafo.

go, la nullità sarebbe relativa soltanto alla moglie o a' suoi eredi allorchè volessero farsi render l' immobile.

La legge *Giulia* dovea disporre, salvo una formale prescrizione in contrario, pel solo territorio d'Italia, giacchè al tempo che fu pubblicata, le province si reggevano ancora con un sistema a parte. Nondimeno al tempo di Gaio era già controversia se questo dritto non si dovesse applicare alle province: « *Quod quidem jus utrum ad italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat dubitatur* » (1). Al tempo, e sotto il sistema provinciale di Giustiniano, non vi deve più esser differenza.

1. Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit alienare potest: sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, ac certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti creditorum, et debitorum satis abunde provisum est.

1. Per il contrario il creditore può alienare il pegno secondo il patto, quantunque quella tal cosa non sia sua, ma forse pare che questo si possa fare perchè fu pattuito al principio che fosse lecito al creditore vendere il pegno se non si restituissero i danari. Ma acciocchè non fosse a' creditori impedito il lor dritto, e i debitori non perdessero sprovvedutamente il dominio delle lor cose, per nostra costituzione si è ordinato un certo modo pel quale si possa vendere il pegno, pel tenor della quale costituzione si è provveduto abbastanza all' una parte, ed all' altra.

Quest' esempio è tratto da Gaio il quale vi aggiugne quello del procuratore, e del curatore, che per la legge delle dodici tavole può alienare le cose del furioso (2). Si può dire altrettanto del tutore a riguardo del suo pupillo, facendo tuttavia osservare, che per l' alienazione degl' immobili rustici la permissione del giudice era loro generalmente necessaria.

Quanto alle regole indicate dal testo, relativamente al pegno non è questo il luogo di spiegarle; cadrà in acconcio di farne parola quando tratteremo di questo contratto. Per ora sarà sufficiente dire che il creditore, sia convenuto, o no, in difetto di pagamento, potrebbe vendere il pegno; questa è una conseguenza essenziale del contratto. Che anzi non si potrebbe con-

(1) Gai. comm. 2. § 63. — (2) Gai. Comm. 2. § 64.

venire il contrario, ed il patto *ne vendere liceat*, non torrebbe al creditore il dritto di vendere; solamente gl' imporrebbe l' obbligazione di annunziare la vendita al debitore per tre precedenti denunzie (1).

La costituzione di Giustiniano, della quale qui parla il testo, è inserita nel codice (lib. 8. tit. 34, const. 3). Essa lascia alle parti il dritto di regolare nel loro contratto il tempo, il luogo, e le altre condizioni della vendita, e solo in difetto di tali convenzioni si debbono osservare le formalità prescritte dalla sudetta costituzione.

II. Nunc admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideo si *mutuam pecuniam* alicui sine tutoris auctoritate dederit, *non contrahit* obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque nummi *vindicari* possunt sicubi extent. Sed si nummi quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, *condici* possunt; si mala fide, ad *exhibendum* de his agi potest. At ex contrario res omnes pupillo, et pupillae sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque *si debitor pupillo solvat*, necessaria est debitori tutoris auctoritas; alioqui non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Caesarienses advocatos ex suggestione Triboniani viri eminentissimi, quaestoris sacri palatii nostri promulgavimus, qua dispositum est ita licere tutori, vel curatori debitorem pupillarem solvere ut prius sententia judicialis sine omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto si et judex pronuntiaverit, et debitor solverit sequatur hujusmodi solutionem *plenissima securitas*. Sin autem aliter quam disposuimus solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit,

2. Ora noi abbiamo a notare che il pupillo e la pupilla non possono alienar cosa alcuna senza autorità del tutore. Laonde se un di loro presterà danari a qualcuno senz'autorità, non contrae obbligazione, perciocchè non fa che il danaro sia di chi lo riceve, e però i danari si possono *rivendicare* in qualunque luogo essi saranno. Ma se i danari prestati dal pupillo fossero stati consumati da colui che li ricevette, di buona fede, si possono *addomandare* per la *condictio*, se di mala fede, si può intentar l'azione a produrre (*ad exhibendum*). All'incontro il pupillo e la pupilla possono acquistar validamente ogni cosa senza l' autorità del tutore; laonde se il debitor paga il pupillo, gli è necessaria l' autorità del tutore, altrimenti non sarà liberato. E questo eziandio con evidentissima ragione è stato ordinato nella costituzione, la quale pubblicammo agli Avvocati Cesariensi ad istanza di Triboniano, eminentissimo Questore del nostro sacro palazzo, per la quale si comanda che sia lecito al debitore del pupillo pagare al tutore, o curatore in questa maniera, che si faccia cioè prima del pagamento una sentenza senza spese, per la quale si permetta che il pagamento si faccia. Il che fatto, e se-

(1) D. 13. 7. f. 4, 5 e 6.

et adhuc eamdem summam petat, *per exceptionem doli mali* submoveri poterit. Quod si male consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio; sed nihilominus damnabitur, quia temere sine tutore auctore, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli, vel pupillae solvere sine tutore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis: cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

gulta la sentenza, se il debitore paghera, s'intende cotal pagamento esser validissimo, e fermo. Ma se si sarà pagato in altra maniera di quel che abbiamo ordinato, ed il danaro sia appresso il pupillo o per esso si sia fatto più ricco, e di nuovo addimandi la medesima somma di danaro al debitore, può esser ributtato per eccezione di frode e malizia (*exceptio doli mali*). In caso poi ch' egli l' avesse malamente consumato, o perduto, perchè gli sia stato rubato, l' eccezione non giova al debitore, e sarà condannato, perciocchè egli ha fatto il pagamento temerariamente senz' autorità del tutore, e non secondo la disposizione della nostra costituzione. E per il contrario i pupilli, e le pupille senz' autorità del tutore non possono far pagamento, perchè quello ch' essi pagano non divien di colui che riceve, essendochè loro non è conceduto di poter alienare cosa alcuna senz' autorità del tutore.

Noi abbiam sufficientemente spiegata questa regola (t. I. p. 400 e seg.), che i pupilli non possono senz' autorità del tutore render peggiore la loro condizione, ma possono bene migliorarla. Noi abbiam mostrato che da siffatta regola discende fra le altre conseguenze il principio ch' eglino non possono alienar cosa alcuna, mentre possono acquistare ogni cosa.

Di cosiffatto principio il testo qui va svolgendo le conseguenze ne' tre casi particolari che ci facciamo brevemente a discorrere.

Primo caso. *Si mutuam pecuniam dederit.* (se il pupillo senza autorità presterà danari). Il *mutuum* è il prestito che noi chiamiam di consumo (ved. intorno a ciò t. I. p. 200). Quest'atto era pel dritto civile de' Romani annoverato tra' contratti; esso avea per effetti principali: di trasferire a colui che toglieva in prestanza la proprietà delle cose che gli eran date in *mutuum*, e per conseguenza di obbligarlo non già a rendere identicamente le cose nel tempo determinato, ma a trasferire alla sua volta al presta-

tore la proprietà di cose della medesima natura, qualità, e quantità. Quest' obbligazione, che contraeva chi toglieva in prestito, formava l' obbligazione essenziale del *mutuum*; il prestatore ne richiedeva l' esecuzione con la *condictio certi* azione personale, che non si dava spezialmente pel solo *mutuum*, ma applicavasi a diversi altri casi, e per la quale nella spezie del *mutuum* il prestatore sosteneva che chi avea tolto in prestito era tenuto di dargli in proprietà tali cose, di tal qualità, di tal peso, numero, o misura.

Non contrahit obbligationem (non forma un contratto). Siccome il pupillo non può alienare, così gli oggetti ch' egli dà non divengono la proprietà di chi li riceve, e però non si produca questo primo effetto principale del *mutuum*; per conseguenza non si dà luogo nè all' obbligazione essenziale che da esso proviene (cioè quella di surrogare, al tempo convenuto, le cose acquistate per effetto del prestito, trasferendo in proprietà al prestatore cose della medesima natura, qualità, e quantità), nè per conseguente alla *condictio certi* che ha per iscopo di procurarne l' esecuzione. Il solo effetto che risulta dall' avere il pupillo dato alcuna cosa è che colui il quale l' ha ricevuta trovasi detentore di cose appartenenti al pupillo.

Ciò posto veggiamo quali azioni ha il pupillo per farsi restituire queste cose. Questo è un punto che nel dritto romano merita tutta l' attenzione.

1.º Se le cose non sono state consumate, e si trovano ancora identicamente nelle mani di chi le ha ricevute, il pupillo avrà la *rivendicazione (rei vindicatio)* azione per la quale egli sosterrà che queste cose appartengono a lui. È cosa manifesta che in questo caso egli non avrà la *condictio certi* cioè l' azione con la quale si sostiene che il detentore sia obbligato di *trasferire* in cambio la *proprietà* di cose della medesima natura, qualità, e quantità.

2.º Se le cose sono state consumate di buona fede, allora il pupillo non può più rivendicarle, giacchè non esistono più; questo è il caso d' intentare la *condictio certi*, perchè a lui si trasferiscano in proprietà cose della medesima natura, qualità, e quantità.

3.º Se le cose sono state consumate di mala fede, il pupillo

avrà l' azione *ad exhibendum*. Bisogna riportarsi a ciò che intorno a quest' azione abbiam detto (qui sop. p. 77). Quivi si vedrà che essa avea per fine di far *esibire* presentare o produrre identicamente da qualcuno delle cose ch' egli avea nascoste, fatto sparire, *o anche distrutte* di mala fede; che in quest' ultimo caso non potendo per effetto del suo dolo presentare identicamente delle cose, che non esistevano più, egli era condannato ai danni-interessi risultanti da quest' impossibilità; e questo era il vantaggio che l' azione *ad exhibendum* offeriva al pupillo.

SECONDO CASO. *Si debitor pupillo solvat*, (se un debitore fa un pagamento al pupillo). Il pupillo non potendo render peggiore la sua condizione, non può estinguere un credito, questa è una regola ben ferma: nondimeno siccome egli può acquistare ogni cosa, divien proprietario di ciò che il debitore gli dà in pagamento, e questi non può più rivendicare gli oggetti che gli ha dati; ed ecco perchè dalla regola che il pupillo può acquistar tutto seguita che sia necessario pel debitore di non dargli nulla in pagamento senz' autorità del tutore. E qui si vuol ben avvertire che nell' interesse appunto del debitore, e non già del pupillo il testo parla della necessità dell' autorizzazione (*necessaria est debitori auctoritas*). In questo senso l' *ideoque* del testo esprime una conseguenza strettamente logica, ed è colpa dei comentatori se per non averlo inteso a questo modo vi hanno scorta una inconseguenza.

Non potendo più il debitore rivendicare le cose date, giacchè il pupillo le ha acquistate, non gli rimane in suo favore altro che le conseguenze del principio che niuno si dee arricchire a spese altrui, principio che si applica eziandio agl' impuberi, come abbiamo già detto (t. I. p. 401). Ecco perchè rimane al debitore *l' eccezione del dolo* per far tener conto di ciò che egli ha dato fino a concorrenza di quel che il pupillo ha guadagnato.

Plenissima securitas. La costituzione che Giustiniano qui indica è inserita nel Codice (lib. 5. tit. 37. const. 25.). Essa non si applica al pagamento degli affitti, interessi, ed altre entrate che son dovute al pupillo. Per valutare gli effetti di questa costituzione ed il senso di queste parole *plenissima securitas* si dee osservare: che, secondo il dritto, il pagamento fatto con l'autorità del tutore liberava il debitore, ed il debito rimanea estin-

to; ma se dipoi il pupillo non poteva ricuperare dal suo tutore questo credito ch' era stato pagato, e se a cagione dell' insolvibilità di questo tutore egli si trovava esposto a soffrire un danno, poteva accadere che il pretore gli concedesse secondo le circostanze una restituzione in intero (*in integrum restitutio*) cioè lo rimettesse nel suo primo stato, facesse rivivere il suo credito. come abbiamo già spiegato (t. I p.419). Questo rischio della restituzione in intero si evitava dal debitore quando non pagava al tutore se non dopo la permissione del giudice, e per siffatta ragione questa maniera di fare il pagamento gli procurava piena, ed intera sicurtà.

TERZO CASO. *Se l' impubere paga senz' autorizzazione.* Il pagamento in dritto romano è un atto di alienazione, perciocchè la cosa dovuta in proprietà non era alienata per la semplice convenzione, ma solamente per la tradizione. Adunque il pupillo non poteva pagar validamente, e quì si dee applicare ciò che abbiam detto delle cose ch' egli avesse per avventura date *in mutuum*.

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

TITOLO IX.

PER MEZZO DI QUALI PERSONE NOI ACQUISTIAMO.

La forma tutta propria del dritto romano in questa materia consiste ne' due principi già innanzi indicati (t. I p.392): il primo che secondo il dritto civile la persona del cittadino romano non può esser rappresentata da un' altra, ciascuno può solo per se medesimo operare negli atti civili, contrattare, acquistare. Il secondo che tutti coloro i quali sono sottoposti al capo di famiglia si reputano formare una sola, e medesima persona con lui; la loro individualità si confonde nella persona di lui, s' identifica con essa. Essi adunque come parte subordinata, come dipendenza, come strumento di questa persona possono intervenire in sua vece in diversi casi, contrattare, acquistare per essa. Il testo quì esamina relativamente all' acquisto della proprietà da prima le conseguenze di quest' ultimo principio, e di poi quelle del primo.

Adquiritur vobis non solum per vosmetipsos sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per eos servos in quibus usumfructum habetis; item per homines liberos, et servos, quos bona fide possidetis, de quibus singulis diligentius dispiciamus.

Vi si acquista non solamente per voi medesimi, ma eziandio per mezzo di coloro, che avete in vostro potere, similmente per quegli schiavi, ne' quali avete usufrutto, e per gli uomini liberi, e per gli schiavi d' altri, i quali possedete di buona fede; le quali tutte cose particolarmente andremo esaminando.

Vi si acquista per mezzo di coloro i quali avete in vostro potere: ciò vuol dire che quantunque gli avvenimenti, da' quali nasce la proprietà, si effettuino nel loro individuo, pure producono la proprietà non per loro, ma per voi, perchè la loro invidualità, si confonde nella vostra persona, della quale essi son reputati come una dipendenza, e strumento. Ma siccome questa confusione non è compiuta in ogni caso, e varia secondo la natura del potere, così l' acquisto della proprietà non si effettua per ogni cosa, a riguardo di tutti; esso ha luogo con più o meno di estensione secondo le persone, e secondo i dritti ai quali si trovano soggette.

Acquisto per mezzo de' figliuoli di famiglia.

I. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis), hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum, vel unam eorum adquisitum est, alii, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerint applicare. Quod nobis inhumanum visum est; et generali constitutione emissa et liberis pepercimus, et patribus honorem debitum servavimus. Sancitum etenim a nobis est ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur. Quae enim invidia est quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem

I. E prima acquistano a voi i vostri discendenti che avete in vostra potestà così maschi, come femine. Già anticamente ciò ch' essi guadagnavano, fuor solamente il peculio castrense, era senz' alcuna distinzione de' padri, ed era acquistato a' padri in così fatto modo, che essi potevano quel che l' un figliuolo avea acquistato dare, vendere, ed in qualunque altro modo applicare a un' altro de' figliuoli, ovvero a persona estranea. La qual cosa a noi è paruta crudele, e per una general costituzione abbiamo provveduto a' discendenti, e conservato il debito onore a'padri. Imperocchè abbiam sanzionato, che tutto ciò che il figliuolo guadagnerà col mezzo di una cosa del padre, quel guadagno, secondo l' usanza degli antichi, si acquisti al padre.

et alia causa sibi filius familias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat; ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accessit hoc in alium perveniens luctuosum ei procedat.

Perciocchè qual ingiuria si fa al figliuolo se quel ch' egli si ha guadagnato col mezzo, e per occasione del padre ritorna al padre medesimo? ma se il figliuolo per altro mezzo si avrà acquistato qualche cosa, l' usufrutto sia del padre, ed il dominio si resti appresso il figliuolo, acciocchè quello, che egli si ha acquistato con le sue fatiche o col mezzo di buona e felice fortuna, non gli sia cagione di dolore, vedendolo andare in altra persona.

Il principio generale era che quegli il quale si trova in proprietà d' altri non può aver nulla in sua proprietà. Così dice Gaio nelle sue Istituta. « *Qui in potestate nostra est nihil suum habere potest* » (1). Per conseguenza quelli che erano in potestà, il che comprende i figliuoli di famiglia, e gli schiavi; quelli che erano *in manu*, cioè le donne che eran passate sotto la mano del loro marito, e quelli che erano *in mancipio*, cioè le persone libere soggette al dritto di *mancipium* non potevano aver nulla in loro proprietà, e però di tutte queste persone dicevasi senz' alcuna differenza tra loro, che tutto quel che ricevevano per mancipazione o per tradizione, ciò che stipulavano, o acquistavano per una causa qualunque, lo acquistavano non per esse, ma pel capo di famiglia. « *Acquiritur autem nobis*, dice Ulpiano nelle sue Regole di dritto, *etiam per eas personas, quas in potestate, manu, mancipiove habemus. Itaque si quid mancipio puta, acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet* » (2).

Non vi era altro temperamento a questo rigore del dritto, che l' uso il quale aveano i capi di famiglia di lasciare a queste persone, e segnatamente a' loro figliuoli, o a' loro schiavi una certa porzione di beni, di cui aveano personalmente l' amministrazione, e l' uso, ma solamente per toleranza fino a che

(1) Gai. Inst. comm. 2. §. 87. (2) Ulp. Reg. tit. 19. §. 18. — Ved. anche Gai. *loco citato*. Tuttavia vi era una differenza controvertita relativamente non già alla proprietà, ma al possesso, tra le persone *in potestate* e quelle che erano solamente *in manu*, ovvero *in mancipio*. Ved. Gai. Inst. comm. 2. §. 90. —

piaceva al capo di famiglia, e sempre in suo nome. Questo è ciò chiamavasi *peculio*. In questo stato del dritto il peculio del figliuolo di famiglia non differiva da quello dello schiavo.

Noi non c' intratterremo più a lungo delle persone poste *in manu*, o *in mancipio* che non erano più sotto Giustiniano: basterà ciò che ne abbiam detto (t. I p. 329 e seg., e ivi p. 348).

In quanto a' figliuoli di famiglia vediamo per quale gradazione son passati, relativamente ai beni, fino a Giustiniano.

Fin da' primi tempi dell' impero, in cui le imperiali costituzioni prodigavan privilegi a' soldati, sotto Augusto, sotto Nerone, sotto Traiano si cominciò a stabilire che quanto i figliuoli di famiglia avrebbero acquistato per occasione del loro servizio militare, ne avrebber potuto disporre o tra vivi, o per testamento, come se fossero a questo riguardo padri di famiglia. Ciò si addomandò peculio militare o del campo (*peculium castrense*; e passò in assioma questa regola: « *Filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur* » (1). In fatti è da notare che da quest' epoca riconoscendosi ne' figliuoli di famiglia la capacità d' esser proprietarii, di aver delle cose proprie, per conseguenza di disporne, e di fare gli atti che il commercio di queste cose comportava, si venne a costituir loro una propria personalità, una persona civile distinta da quella de' capi di famiglia, e da quel punto il principio del dritto primitivo, che i figliuoli di famiglia non hanno persona, che la loro individualità è assorbita nella persona del capo, di cui non sono che una dipendenza, uno strumento, cominciò a divenir falso. Un titolo del Digesto partitamente enumera ciò che è compreso, o no nel peculio castrense (2).

Più tardi, e ad imitazione del peculio castrense fu da altri imperadori stabilito, che certi beni, quantunque non fossero acquistati nel servizio militare, apparterrebbero ai figliuoli di famiglia come il peculio militare, e questo si addomandò peculio *quasi castrense*. Alcuni passi di Ulpiano provano che al tempo di questo

(1) D. 14. 6. *De Sen. cons. Macedoniano* 2. f. Ulp. — (2) D. 49. 17. *De castrensi peculio* —

giureconsulto siffatto peculio era già conosciuto; ma le regole ne furono fermate e svolte principalmente dalle costituzioni di Costantino il Grande, e dopo lui alcuni imperadori le estesero anche di più. Costantino elevò a peculio quasi-castrense tutto ciò che i vari ufiziali del palazzo, la cui enumerazione trovasi nella sua costituzione, avesser guadagnato esercitando i loro uffici, sia per loro economia, sia per doni dell' imperadore (1). Questo favore di avere un peculio quasi-castrense fu di poi esteso ad altre professioni: da Teodosio e Valentiniano agli avvocati pretoriani, e a diversi ufiziali del pretorio prefetturale; da Onorio e Teodosio agli assessori, ed agli avvocati di tutte le giurisdizioni; da Leone ed Antemio a tutti gli avvocati che difendono le parti in giudizio; ai vescovi, ai capi di presbitèri, e diaconi ortodossi; ed in fine per disposizione di Giustiniano tutto ciò che proveniva da una liberalità imperiale in favore del figliuolo di famiglia, formava peculio quasi castrense. I figliuoli per rispetto a questo peculio, eran considerati come capi di famiglia non altrimente che pel peculio militare.

Costantino istituì un terzo genere di peculio, che i commentatori han chiamato peculio avventizio (*peculium adventitium*), il quale si componeva, secondo la costituzione di quest' imperadore, di tutt' i beni raccolti dai figliuoli di famiglia nella successione della loro madre tanto per testamento, quanto *ab intestato*; il padre non acquistava su questo peculio che un dritto di usufrutto, ma la proprietà restava al figliuolo (2). Arcadio ed Onorio lo estesero a tutto ciò che proveniva al figliuolo di famiglia o per successione, o per liberalità dell' avolo, o dell' avola, o di altri ascendenti della linea materna (3); e Teodosio, e Valentiniano a tutto ciò che proveniva da un conjuge all' altro (4). E secondo la costituzione di Giustiniano ricordata qui sopra nel testo, questa sorta di peculio è anche maggiormente estesa, dappoichè essa comprende tutto quello che i figliuoli di famiglia acquistano per qualsivoglia causa, tranne ciò che proviene dalla cosa del padre (5).

(1) Cod. 12. 31. *De castrensi omnium palatinorum peculio*; *lex unica*.
(2) Cod. 6. 60. *De bonis maternis*. 1. — (3) Ivi 2. — (4) Cod. 6. 61. 1. —
(5) Ivi const. 6.

Sicchè sotto Giustiniano la condizione de' figliuoli di famiglia in quanto ai beni è ben altra da quel che era anticamente: essi hanno primieramenle il peculio propriamente detto, cioè i beni, di cui il padre lascia loro precariamente l'amministrazione, ed il godimento, peculio che i comentatori han chiamato *profettizio*, e che provenendo dal padre solo, appartiene effettualmente al padre. In secondo luogo hanno in tutta proprietà come veri capi di famiglia, potendone disporre tra vivi e per testamento, i peculi castrense e quasi castrense, sui quali il padre non ha alcun dritto. Da ultimo tutti gli altri beni provegnenti da qualsivoglia causa, e che i comentatori comprendono sotto il nome di peculio *avventizio*, appartengono loro in proprietà, senza che però ne possano disporre tra vivi o per testamento, ed il padre non ne ha che il solo usufrutto: vi sono ancora de' casi in cui egli è privato di questo usufrutto, per esempio, se i beni sono stati legati al figliuolo con questa condizione. Il capo adunque non è più il solo proprietario nella famiglia, il figliuolo non va più a confondersi ed assorbirsi in lui; la sua personalità è stabilita; il dritto di Roma non è più.

II. Hoc quoque a nobis dispositum est et in ea specie, ubi parens emancipando liberum ex rebus quae adquisitionem effugiunt, sibi partem tertiam retinere, si voluerit, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis. Et inhumanum quiddam accidebat ut filius rerum suarum, ex hac emancipatione, dominii pro parte tertia defraudaretur, et quod honoris ei ex emancipatione additum est, hoc per rerum diminutionem decrescat. Ideoque statuimus ut parens pro tertia dominii parte, quam retinere poterat, dimidiam non dominii, sed ususfructus retineat. Ita hae res intactae apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

2. Ed essendo ne' tempi addietro una costituzione, per la quale ai padri che emancipavano i figliuoli era lecito, se volevano, ritenersi la terza parte delle cose guadagnate dal figliuolo, quasi come prezzo dell' emancipazione, era cosa veramente crudele, che il figliuolo per cotal emancipazione fosse defraudato del dominio della terza parte delle sue cose, e che quanto gli veniva accresciuto di dignità, per esser fatto libero, altrettanto gli fosse scemato per la diminuzione della sua facoltà; e però noi abbiamo ordinato che il padre in cambio della terza parte del dominio ch' egli poteva ritenersi, si ritenga la metà non del dominio, ma dell' usufrutto. Per questo modo le cose si resteranno intatte appresso il figliuolo, ed il padre si goderà maggior somma godendosi, in cambio della terza parte, la metà.

Per l' emancipazione cessava la potestà paterna , e con essa l' usufrutto , che il padre di famiglia avea sui beni de' suoi figliuoli. Ma alcune costituzioni imperiali gli davano in questo caso il dritto di ritenere, come prezzo dell' emancipazione, il terzo , in tutta proprietà , de' beni di cui perdeva l' usufrutto. Per disposizione di Giustiniano egli ne riterrà la metà non in proprietà , ma solamente in usufrutto : e però in diffinitivo egli per l' emancipazione perderà soltanto la metà dell' usufrutto, che avea in qualità di padre ; ma questa metà ch' egli ha la facoltà di ritenere, non gli rimarrà più al medesimo titolo, giacchè non la riterrà più per effetto della potestà paterna.

Acquisto per mezzo degli schiavi di cui si ha la proprietà, l'usufrutto, l'uso o il possesso di buona fede.

III. Item vobis adquiritur quod servi vestri ex traditione nanciscuntur , *sive quid stipulentur* , vel ex qualibet alia causa adquirant : hoc enim vobis ignorantibus , et invitis obvenit. Ipse enim (servus) qui in potestate alicujus est nihil suum habere potest. Sed et *si heres institutus sit* non alias , nisi jussu vestro hereditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hereditas adquiritur , perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis : et convenienter scilicet vobis *legatum* per eos adquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis adquiritur , sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint , id vos possidere videmini : unde etiam per eos usucapio (vel longi temporis possessio) vobis accedit.

3. Similmente si acquista a voi quel che i vostri schiavi o per tradizione , o per istipulazione , o per legato , o per qualunque altra cagione acquistano , e cotal guadagno vi viene tuttochè voi non sappiate , o non vogliate nulla ; perciocchè lo schiavo che è in potestà d' altri non può aver nulla di suo. Ma se lo schiavo sia istituito erede, non può accettar l'eredità senza vostro comandamento. E se egli l' accetta comandandolo voi, l'eredità si acquista a voi non altrimenti che se voi medesimi foste stati istituiti eredi, e medesimamente vi si acquista per loro il legato. E per mezzo di coloro che avete in vostro potere non so'amente acquistate la proprietà , ma eziandio il possesso. Perocchè di qualunque cosa essi acquisteranno il possesso , di tutto voi medesimi sembrate avere il possesso. Laonde parimente per loro vi viene l'acquisto mediante l' uso , ed il possesso per lungo spazio di tempo.

Il dritto relativamente agli schiavi è rimasto in tutto il suo rigore primitivo. Essi non han nulla di proprio ; non vi è a lor

riguardo altro peculio che quello, di cui il padrone lascia loro, finchè gli piace, l'amministrazione ed il godimento precario, e di cui egli è sempre proprietario agli occhi della legge.

Questo paragrafo tratta di due spezie di dritti, che il padrone acquista pel suo schiavo, cioè la proprietà, ed il possesso. Esaminiamo l'uno e l'altro.

In quanto alla proprietà, tutto ciò che si acquista dallo schiavo per una causa qualunque produttiva di proprietà (*ex qualibet causa*), tutto è immediatamente acquistato al padrone, ancora che nol sappia o nol voglia (*ignorantibus et invitis*). Ecco la regola generale.

Il testo tratta di poi di due modi particolari: l'eredità, ed il legato.

Sive quid stipulentur. La stipulazione, come più volte abbiam detto, non era un modo di acquistar la proprietà, ma solamente di obbligare verso di se il promettente; il testo dunque debbe intendersi in questo senso, che si tratti non di una semplice stipulazione non ancora eseguita, ma di una tradizione fatta allo schiavo per effetto di una stipulazione precedente, o di qualsiasi altra cagione, per esempio, per effetto di una compra, di una donazione, di una convenzione. Nondimeno egli è parimente vero che gli schiavi, i quali non potevano *promettere* pel loro padrone, nè obbligarlo personalmente, potevano stipulare per lui, e che il beneficio della stipulazione, cioè l'azione contro il promettente, era deferito al padrone. Ma di questa materia si tratterà più avanti nel libro delle obbligazioni (1) e non quì, dove non si tratta che dei modi di acquistare per mezzo di altri la *proprietà* o *il possesso*.

Si haeres institutus sit. L'acquisto di un'eredità non è un acquisto ordinario; essa comprende non solamente i beni, ma ancora i carichi, i debiti, le obbligazioni, che compongono l'eredità; essa importa sostituzione dell'erede alla persona del defunto. L'erede adunque accettando non si limita ad acquistare l'eredità, ma si obbliga personalmente. Ecco perchè la regola generale, che i padroni acquistano per mezzo de' loro schiavi, ancorchè nol sappiano o nol vogliano, non si applicava all'eredità: siccome lo schia-

(1) Inst. lib. 3. tit. 17. *De stipulatione servorum.*

vo non poteva obbligare il suo padrone, così non poteva accettare l'eredità se non col suo consentimento, e per suo comando.

Legatum. Il legato differiva dall' eredità sopra alcuni punti importanti, che producevano delle notabili differenze nell' acquisto dell' uno o dell' altra per mezzo degli schiavi. Così :

In primo luogo il legato a differenza dell' eredità non importava alcuna successione ai debiti, nè alle obbligazioni del defunto; in conseguenza il legato fatto allo schiavo era acquistato al padrone a sua insaputa, e contro sua volontà ;

In secondo luogo il dritto eventuale al legato era acquistato al legatario dal momento della morte del testatore (1), mentre l'eredità non era acquistata all' erede istituito, che per l' accettazione, ed al momento che questa avea luogo. Ecco le conseguenze che da ciò derivavano: il legato fatto allo schiavo era acquistato al padrone al quale egli apparteneva *al momento della morte del testatore*; mentrechè l' eredità lasciata allo schiavo era acquistata al padrone al quale apparteneva *al momento dell' accettazione*, e per comando del quale faceva la detta accettazione.

Se si domanda a qual prò si lasciava un legato, o una eredità allo schiavo piuttosto che al padrone, quando questi in diffinitivo dovea riputarsi o legatario o erede, si può rispondere che il padrone, al quale lo schiavo apparteneva al momento che il testamento erasi fatto, non entrava per nulla nella liberalità; la speranza del legato, o dell' eredità poggiavasi in certo modo sul capo dello schiavo, e lo seguiva nelle sue diverse condizioni in fino a che questa speranza non si fosse effettuata divenendo un dritto acquistato. E però a riguardo del legato, se lo schiavo prima della morte del testatore passava ad un altro padrone, diveniva libero, o moriva, la speranza del legato passava con lui, nel primo caso, al suo nuovo padrone, nel secondo, a lui stesso, e nel terzo, diventava caduca. Parimente a riguardo dell' eredità, fino a che l' eredità non si era accettata, lo schia-

(1) Se era condizionale ciò avveniva solamente dall' adempimento della condizione. Quantunque il legatario avesse da questo momento acquistato il dritto eventuale al suo legato egli non poteva richiederne la consegna che dopo l' accettazione, o alla scadenza del termine, se alcuno ve n' era. (Ved. qui sopra p. 147).

vo portava con lui la sua istituzione ; se innanzi che l' accettazione fosse fatta, egli passava successivamente a nuovi padroni, acquistava l' eredità a colui che gli comandava d' accettare l' eredità ; se diveniva libero, a lui stesso ; e se moriva, l' istituzione svaniva. Uno schiavo, sul cui capo poggiavasi per questo modo un dritto di eredità, era più prezioso, vendevasi più caro, e se era ucciso una più forte indennità era dovuta al suo padrone secondo l' importanza dell' eredità.

Sed etiam possessio. Ora passiamo al secondo soggetto di che tratta il testo : l' acquisto del possesso per mezzo degli schiavi. Tutto ciò che riguarda il possesso è stato superficialmente indicato nelle Istituzioni : bisogna intorno a ciò riportarsi a quel che noi più sopra ne abbiam detto (qui sopra p. 99 e seg. ; p. 108 e seg.). Quivi abbiam veduto che il possesso legale si compone di due elementi : il *fatto* che sta in ciò che la cosa trovasi in una maniera qualunque a nostra libera disposizione ; e l' *intenzione* che sta nella volontà di possedere come proprietario.

Ciò posto, il *fatto* si ha ogni volta ch'esso si compie nella persona del nostro schiavo ; perciocchè la cosa, che questi tiene a sua libera disposizione per noi ed in nostro nome, è per questo anche a nostra disposizione. In quanto all' *intenzione*, quella dello schiavo non è sufficiente, ma è necessario che l' abbiamo noi medesimi, cioè che noi medesimi abbiamo la volontà d' esser considerati come proprietari della cosa, che il nostro schiavo ritiene in nostro nome. Queste due regole sono esposte da Paolo in modo laconico, e molto esatto : « *Animo nostro, corpore etiam alieno possidemus* » (1).

La conseguenza che da ciò discende è che pel possesso la cosa va altramente che per la proprietà. Il padrone non può acquistare il possesso per mezzo del suo schiavo a sua insaputa, e contro sua volontà. Se è sufficiente, pel *fatto*, che avvenga nella persona dello schiavo, è necessario però che il padrone ne abbia notizia, e ne voglia profittare. Ed in questo senso si vuol intendere ciò che dice Papiniano : « *Dixi : scientiam domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem* » (2).

Tuttavia si faceva un' eccezione generale per tutto quello che lo schiavo possedeva, o riceveva in possesso come cose che fa-

(1) D. 41. 2. 3. §. 12. f. Paul. — (2) D. 41. 2. 44. §. 1. f. Papinian.

cevan parte del suo peculio (*pro peculio*). Il padrone ne acquistava il possesso ancora che nol sapesse ; perciocchè dandogli il permesso d' avere un peculio si reputava per questo di aver la volontà di possedere in generale tutto questo peculio , ed in particolare tutte le cose di cui si comporrebbe. « *Adquirimus possessionem* , dice Paolo , *per servum aut filium qui in potestate est , et quidem earum rerum , quas peculiariter tenent etiam ignorantes , sicut Sabino , et Cassio , et Juliano placuit , quia nostra voluntate intelliguntur possidere , qui eis peculium habere permisimus.* » E più appresso ripete in altre parole la medesima ragione : « *quia videmur eas (quas servi peculiariter paraverunt) et animo , et corpore possidere* » (1).

Papiniano cercando l' utilità di questo dritto eccezionale la spiega dicendo che bisognava impedire che i padroni non si trovassero nella necessità di prender conto in ogni momento , ed in particolare di ciascuna cosa che entrava nel peculio , e della cagione per la quale vi entrava. In vece di queste ricerche di fatti particolari , la loro volontà , e la loro generale autorizzazione dovevano esser sufficienti. « *Quaesitum est cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur ? Dixi utilitatis causa jure singulari receptum , ne cogerentur domini per momenta species , et causas peculiorum inquirere* » (2).

I medesimi principi sull' acquisto del possesso per mezzo degli schiavi si debbono applicare a' figliuoli di famiglia sottoposti al potere paterno : però con le distinzioni che risultano dalle diverse spezie di peculi.

Quando il medesimo schiavo apparteneva a più padroni, la regola generale era ch' egli acquistava a ciascuno proporzionatamente alle parti che aveano nella proprietà dello schiavo , a meno che non vi fosse stata qualche ragione particolare , che avesse dovuto far attribuir l' acquisto ad un solo , o ad alcuni solamente.

IV. De iis autem servis in quibus usumfructum tantum habetis , ita placuit , ut quidquid ex re vestra vel ex

4. Ma quanto a quegli schiavi dei quali avete solamente l' usufrutto , è piaciuto in questo modo , che ciò che

(1) Dig. ivi 1. §. 5. ; e 3. §. 12. f. Paul. — (2) Dig. ivi 44. §. 1. f. Papin.

operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur; quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si servus heres institutus sit, legatum quid ei donatumve fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis adquirit. Item placet et de eo qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus: quod enim placuit de fructuario, idem placet et de bonae fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum si servus est. Sed bonae fidei possessor cum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest: fructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi; deinde quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, vel per liberam personam quae bona fide vobis servit adquiritur vobis, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum definitionem, quam proxime posuimus, id est si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

essi acquistano o da una cosa vostra, o per mezzo d' opere loro, sia tutto vostro. Ma ciò che acquistano fuor di questo, tutto appartenga al padrone della proprietà. Laonde se cotale schiavo sarà istituito erede, o gli sarà lasciato qualche legato, o donata qualche cosa, si acquista non all' usufruttuario, ma al padrone della proprietà. Piace che s'intenda il medesimo quanto a colui, che voi possedete di buona fede, o sia libero, o sia schiavo d' altri; percìocchè quello che è piaciuto che sia nell'usufruttuario è parimente piaciuto che sia nel possessore di buona fede. E pertanto ciò che egli acquista fuor di queste due cause o appartiene a lui, se è uomo libero, o al padrone, se è schiavo. Ma il possessore di buona fede quando avrà acquistato mediante l' uso lo schiavo, essendone per tal modo divenuto padrone, può per qualunque causa acquistar per suo mezzo, ma l' usufruttuario non può acquistar mediante l' uso; prima perchè egli non possiede, ma ha il dritto d' usare e godere, e poi perchè egli sa che lo schiavo è d' un altro. E non solamente la proprietà ma eziandio il possesso vi si acquista col mezzo degli schiavi, ne' quali avete l' usufrutto, o per quelli che voi possedete di buona fede, o per una libera persona che di buona fede vi serva. E noi favelliamo nell' una e nell' altra persona secondo la distinzione che poco innanzi è stata fatta da noi, cioè se avranno guadagnato qualche possesso o con cosa vostra, o per opera loro.

Questo paragrafo tratta degli acquisti che si posson fare sì della proprietà, e sì del possesso per mezzo degli schiavi, di cui si ha solamente l' usufrutto, o l' uso, o per quelli che alcuno possiede di buona fede credendo esserne proprietario, benchè in fatti non sia.

1.° Quanto allo schiavo, di cui non si ha che l' usufrutto, è

mestieri riportarsi alle regole che più sopra abbiamo esposte (qui sopra p. 142 e seg.); esse spiegano a sufficienza le disposizioni del nostro paragrafo : L' usufruttuario ha l' uso dello schiavo ; egli dunque può adoperarlo a servire ne' suoi beni , e ne' suoi affari , ciò che da questi servigi ne risulta, a lui si acquista ; oltre a ciò egli ne ha i frutti , dunque può farlo lavorare per altri , ed il prezzo che ritrae pel suo lavoro, appartiene anche a lui. Ma le istituzioni di erede , i legati , le donazioni , i tesori trovati dallo schiavo non sono frutti , perchè uno schiavo non è destinato a produrre siffatte cose : l' usufruttuario adunque non le acquista. Il testo aggiugne : *quidquid ex re vestra acquirunt* l' acquisto che proviene dalla vostra cosa , per esempio , se lo schiavo ha venduta o affittata la vostra cosa , o se ha pagato co' vostri danari. 2.° Quanto allo schiavo , di cui non si ha che l' uso , il testo qui non ne parla, ma basta riportarsi alle regole da noi esposte (qui sopra p. 157 e seg.). L' usuario acquista per mezzo di lui ciò che è il risultamento dell' uso , che ne può fare sopra i suoi propri beni o ne' suoi propri affari , per esempio , facendogli coltivare le sue terre , e vendere i frutti che ne raccoglie , o preponendolo alla direzione del suo commercio (1). Ma egli non può farlo lavorare per altri e ritrarne un prezzo , perciocchè questo sarebbe un frutto. 3.° Quanto a colui , del quale alcuno credesi di buona fede esser padrone , e che possiede a titolo di proprietario , ma effettualmente si trova esser uomo libero , o schiavo di altri , si dee aver ricorso alle regole che abbiamo innanzi esposte (qui sopra p. 92 e seg.). Il possessore di buona fede ha ciò di comune con l' usufruttuario che egli acquista parimente l' uso , e i frutti ; ma vi ha nella maniera come l' acquista delle differenze che abbiamo già spiegate , e che qui è bene di rammentare. Esse sono importanti per conoscere ciò che il possessore di buona fede dovrà restituire al vero padrone dello schiavo , il cui dritto di proprietà sarà comprovato , o all' uomo ch' egli possedeva , quando si verrà a scovrire il suo stato di uomo libero.

La differenza importante che è pure tra l' usufruttuario , ed il possessore di buona fede riguardo all' usucapione è suffi-

(1) Dig. 7. 8. 17. §. 2. f. Pomp. — 20. f. Marcell.

cientemente spiegata nel testo : essa è la conseguenza de' principi , che noi abbiamo esposti in trattando dell' usucapione , cioè dell' acquisto mediante l' uso.

Acquisto per mezzo di una persona estranea.

V. Ex his itaque apparet per liberos homines quos neque vestro juri subjectos habetis , neque bona fide possidetis ; item per alienos servos in quibus neque usumfructum habetis , neque justam possessionem , nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est quod dicitur, *per extraneam personam nihil adquiri posse* , excepto eo quod *per liberam personam,veluti per procuratorem,* placet , *non solum scientibus* , *sed et ignorantibus* adquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem ; et per hanc possessionem *etiam dominium,* si dominus fuit qui tradidit ; *vel usucapionem,*aut longi temporis praescriptionem , si dominus non fuit.

5. Per quel che si è detto adunque manifestamente appare che non potete per alcuna cagione acquistar nulla per mezzo degli uomini che son liberi e che voi non avete soggetti alla vostra potestà , nè possedete di buona fede ; nè similmente per gli altrui schiavi, ne'quali non avete nè usufrutto,nè giusto possesso. E questo è ciò che si dice che *per persona estranea non si acquista nulla* tranne solamente , che, secondo una costituzione del divino Severo , per mezzo di *persona libera* , *come sarebbe per* mezzo di un procuratore, si può acquistare il possesso non solamente sapendolo , ma eziandio nol sapendo, e per quel possesso si può anche acquistare il dominio se sarà stato,il padrone colui che avrà dato , ovvero l' usucapione , o la prescrizione di lungo tempo,se non sarà stato il padrone.

Per extraneam personam nihil adquiri posse. Tale era la regola generale che troviamo espressa in Gaio (1), e che discendeva da questo principio generale, che la persona del cittadino romano non può esser rappresentata da altri (Ved. t. I p. 393 e quì sopra p. 205). Nondimeno questo rigore di principi si venne mitigando ; si fece distinzione tra gli atti del dritto civile , e gli atti del dritto delle genti ; per questi ultimi si ammise la possibilità di operare per mezzo d' un procuratore , o d' un agente. La medesima distinzione fu ammessa in quanto all' acquisto. Così la proprietà , il dominio essendo un dritto eminentemente civi-

(1) Gai Ins'. comm. 2. §. 95. —

le, continuò ad aver vigore la regola che non si poteva acquistar per mezzo di un terzo, ma il possesso essendo di dritto delle genti, ed acquistandosi naturalmente, fu ricevuto per riguardo di utilità (*utilitatis causa*, dice Paolo (1), *ratione utilitatis*, dicono gl' Imperadori Severo, ed Antonino) (2), che si potesse acquistare per mezzo di una persona estranea. Ecco quel che Modestino reassume in queste parole: « *Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus* » (3). Ciò si contiene ancora in un rescritto degl' imperadori Diocleziano, e Massimiano ch' è inserito nel Codice: « *Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse indubitati juris est* » (4). Sicchè distinguiamo due cose: la proprietà, ed il possesso.

Quanto alla proprietà non si poteva acquistare per mezzo di estranea persona, il che non vuol dire solamente che la donazione, il legato, l' istituzione di erede o qualsivoglia altro avvenimento produttivo di proprietà compiuto in tale persona non potesse operare un acquisto per noi, la qual cosa è ben manifesta; ma vuol dire ancora che se questo terzo estraneo riceveva per noi e come nostro rappresentante qualche cosa per mancipazione, o per cessione *in jure* o per altro qualunque modo civile, con animo di acquistarla per noi, questo acquisto non avea luogo. Sotto Giustiniano la regola ha perduto molto della sua importanza, perciocchè sono scomparsi questi modi di acquistare di puro dritto civile.

Quanto al possesso è mestieri spiegare le disposizioni del testo.

***Per** liberam personam, veluti per procuratorem adquiri pos-*

(1) « *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest; sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est.* » Paul. Sent. 5. 2. §. 2. — (2) « *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, et posquam scientia intervenerit usucapionis conditionem inchoari posse tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est.* » Cod. 7. 32. 1. const. Sever. et Anton. — (3) D. 41. 1. 53. f. Modest. — (4) C. Just. 3. 27. 1.

sessionem. La possibilità d' esser rappresentato da un altro nella presa di possesso di un oggetto è stata ammessa dalla giurisprudenza per riguardo dell' utilità (*tam ratione utilitatis*, *quam jurisprudentia*), e come conseguenza delle regole naturali del possesso. E per verità il fatto fisico di aver una cosa in nostro possesso, cioè in nostro potere, a nostra disposizione trovasi compiuto anche quando un terzo, per esempio, un procuratore, un tutore, un curatore ha preso possesso per noi: la cosa è come a nostra disposizione, o per meglio dire vi è effettualmente, giacchè si ritiene per noi (Vedi sopra p. 42). Ma il dritto di possesso non consiste solamente nel fatto, ma si richiede eziandio l' intenzione; il fatto può certamente compiersi nella persona d' un altro, ma l' intenzione non dee forse essere in noi, ed essere esclusivamente personale a noi? Quì si è derogato realmente al principio, ammettendo la possibilità di esser rappresentato da un terzo nella presa di possesso, giacchè il possesso può essere acquistato per mezzo di una persona estranea *non solum scientibus*, *sed et ignorantibus*, dice il nostro testo; *ignoranti quoque* dice la costituzione di Severo ed Antonino (1). Tuttavia bisogna aggiugnere questa distinzione. Se qualcuno, maneggiando i nostri affari senza che noi il sappiamo, riceverà per noi una cosa per una cagione qualunque, siccome noi ignoriamo del tutto siffatta detenzione ch' egli ha per noi, il possesso non ci sarà acquistato in fino a che non ne avremo conoscenza (2). Ma se si tratta di un nostro procuratore, al quale abbiamo personalmente data commissione di comprare, di ricevere per noi, egli acquista a noi il possesso dal momento che riceve la cosa a sua disposizione, ed anche innanzi che sappiamo ch' egli l' abbia ricevuta; dappoichè la nostra volontà fermata, e data anticipatamente basta perchè vi sia da nostra parte sufficiente intenzione (3).

(1) Cod. 7. 32. 1. Questa costituzione che noi abbiam riferita alla pagina precedente nota 2 è probabilmente quella alla quale il testo del nostro paragrafo fa allusione — (2) D. 41. 2. 42. §. 1. f. Ulp. — Paul. Sent. 5. 2. §. 2. — (3) « *Procurator si quidem mandante domino rem emerit*, *protinus illi adquirit possessionem. quod si sua sponte emerit*, *non, nisi ratam habuerit dominus emptionem* » (ivi) —

Et per hanc possessionem etiam dominium. L' intenzione del venditore, del donante, di colui che per una causa qualunque traslativa di proprietà ha dato la cosa al mio procuratore in mio nome, è stata di trasferire la proprietà non al mio procuratore, ma a me. Il procuratore ha acquistato per me, anche non sapendolo io, il fatto del potere sulla cosa, il dritto di possesso; e però come conseguenza di questo possesso la proprietà si produce a mio vantaggio. Così in diffinitivo quando si tratterà di acquistar la proprietà pel modo naturale della tradizione, conformemente al dritto in voga al tempo di Giustiniano, e per qualunque causa, come per causa di vendita, di dote, di donazione, di pagamento, o qualsivoglia altra, si potrà per l' intermedia persona d' un procuratore ricevere il possesso, e per mezzo di questo la proprietà: « *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita, meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti* (1).

Vel usucapionem. Non pertanto pare per la costituzione di Severo, ed Antonino da noi più volte ricordata, che si era più severo per l' usucapione che non pel semplice acquisto del possesso. Così si acquistava per mezzo del procuratore il possesso anche non sapendolo, dal momento ch' egli avea ricevuto la cosa, ma per cominciare l'usucapione, era mestieri che si avesse la precisa conoscenza che la cosa gli era stata effettualmente data. Ciò senza dubbio avveniva perchè per l' usucapione si richiedeva non solamente *l' intenzione*, ma ancora la *buona fede* (2).

VI. Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum *singulae res* vobis adquirantur; nam legatorum jus quo et ipso singulae res vobis adquiruntur (item fideicommissorum, ubi singulae res vobis relinquuntur) opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis *per universitatem* res vobis adquirantur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cujus bonorum

6. Basti fino a qui d' avervi avvertiti in che modo vi si acquistino le cose particolari. Perciocchè quanto alla ragion de' legati, pei quali s'acquistano, e de' fedecommessi ne' quali vi si lasciano cose particolari, a suo luogo e più convenevolmente ne favelleremo. Vediamo al presente in che modo si acquistino le cose in universale. Se voi adunque sarete fatti eredi d' alcuno o ad

(1) D. 41. 1. 13, f. Nerat.; 20. §. 2. f. Ulp. — 41. 3. 41. f. Nerat.
(2) Cod. 7. 32. 1. Ved. il testo di questa costituzione p. 231 nota 2.

possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis (vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint), ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est, nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est ut de his dispiciamus quae ex testamento vobis obveniunt: qua in re necessarium est initium de ordinandis testamentis exponere.

alcuno addomanderete il possesso dei beni, o se arrogherete qualcuno, o se da qualcuno vi saranno abbandonati i beni per cagione di conservar la libertà, tutte le cose di lui passano in voi. Ma favelliamo prima dell' eredità, le quali sono di due sorte; perciocchè vi appartengono o per testamento, o ab intestato. E prima diciamo di quelle che vi vengono per via di testamento, al che fare ne bisogna di necessità esporre in principio le formalità de' testamenti.

I modi di acquistare fin quì esposti come l' occupazione, la tradizione, l' usucapione per loro natura non si applicano che a cose particolari e determinate. Ma vi ha de' modi, pe' quali si acquista in un tempo medesimo una massa composta di differenti cose, beni, dritti, debiti, e carichi, che vi son compresi, quantunque essi non sieno spezialmente indicati. Tali sono l' eredità, la possessione de' beni la quale non è che un eredità pretoria, l' arrogazione per la quale anticamente si acquistava tutta la fortuna dell' arrogato, ed alcuni altri. Questi modi formano l' oggetto de' titoli che seguono nelle Instituzioni.

Noi non abbiamo alcuna azione speciale ad esporre per occasione de' due ultimi titoli, che siamo venuti spiegando. I contratti, ed i differenti atti degli schiavi, o de' figliuoli di famiglia per rispetto ai loro peculi davano certamente origine ad alcune azioni particolari, ma siffatte azioni si riferiscono alla materia delle obbligazioni, e non a quella di cui trattiamo, cioè all' acquisto della proprietà.

REASSUNTO DEL LIBRO SECONDO

(TITOLO I. A IX.)

Divisione delle cose. — Proprietà ed altri dritti reali. — Modi di acquistare degli oggetti particolari.

Divisione delle cose

Per cose s' intendono in dritto romano tutti gli oggetti corporali, o di pura creazione giuridica considerati come soggetti, o almeno come destinati a' bisogni dell' uomo, e per conseguenza come atti ad esser l' obbietto dei dritti.

Le distinzioni che erano anticamente tra le cose *mancipi e nec mancipi*, tra le terre d'Italia, e quelle delle province sono al tutto abolite sotto Giustiniano. Il Digesto presenta come divisione principale quella *in cose di dritto divino e cose di dritto umano*; le Instituzioni quella *in cose fuori del nostro patrimonio e cose nel nostro patrimonio.* Son *fuori del nostro patrimonio* le cose comuni (*communia*), pubbliche (*publica*), di corporazioni (*universitatis*), e finalmente le cose che non appartengono effettualmente ad alcuno (*res nullius*). Sono *nel nostro patrimonio* le cose che appartengono alle persone particolari (*res privatae res singulorum*).

Le cose comuni son quelle, la proprietà delle quali non è di alcuno, e l' uso appartiene a tutti, come l' aria, l' acqua corrente, il mare, le sue ripe. La ripa del mare si estende *quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.*

Le cose *pubbliche* son quelle, la proprietà delle quali è del popolo, e l' uso è comune, come i porti, le vie pretorie o consolari, i fiumi; in quanto alla ripa del fiume essa appartiene in proprietà ai proprietarii de' poderi lungo la ripa, e solamente l' uso ne è pubblico.

Le cose di *corporazioni* son quelle, la proprietà delle quali è di una corporazione e l' uso è comune a tutti i suoi membri, come i teatri, gli stadi,

delle città. S' intende per corporazione (*universitas*) una riunione d' individui formanti una spezie di persona legale, che può possedere, esser proprietaria, contrattare, stare in giudizio. Non può formarsi alcuna corporazione se non in forza di una legge.

Quantunque le cose delle quali abbiam toccato appartengano alle masse, pure siccome non appartengono ad alcuno in particolare, e si trovano destinate all' uso comune, son riguardate come fuori del nostro patrimonio, il che le distingue dal tesoro, da' crediti, dagli schiavi, e dalle altre cose, le quali non essendo aperte all' uso pubblico sono nel patrimonio del popolo, o delle corporazioni.

Le cose (*nullius*) sono : 1° quelle delle quali l' uomo non s' è ancora impadronito, o che gli sono sfuggite, o che egli ha interamente abbandonate, come gli animali salvatichi, i loro prodotti, le isole nate in mare, gli oggetti gettati via dal padrone; 2° quelle che son fuori del commercio degli uomini, e che si chiamano cose di dritto divino *res divini juris*. Queste ultime si dividono in cose sacre (*sacra*), religiose (*religiosa*), e sante (*sancta*).

Dopo lo stabilimento della religione cristiana le cose sacre son quelle, che sono state solennemente consacrate a Dio da' pontefici (*quae rite per pontifices Deo consacrata sunt*). La consacrazione non può esser fatta da' semplici privati, ma debb' esser permessa dall' imperadore ; le cose consacrate son poste fuori del commercio; non pertanto una costituzione di Giustiniano permette di alienare pel riscatto de' prigionieri, e pel nutrimento de' poveri in tempo di carestia gli oggetti mobili consacrati al culto.

Le cose *religiose* sono i luoghi che han servito a raccogliere le spoglie mortali di un uomo. Ciascuno può pel sotterramento di un morto rendere religioso un terreno, purchè ne sia proprietario, o abbia il consentimento di tutte le persone che vi hanno un dritto qualunque di proprietà, di comproprietà, di usufrutto, d' uso, o di servitù, altrimenti il terreno non diverrebbe religioso. Le cose religiose son tolte dal commercio degli uomini, e la loro profanazione vien punita e civilmente, e criminalmente.

Le cose *sante* son quelle che non sono nè sacre, nè profane ma che son protette da una sanzione penale (*quae neque sacra neque profana sunt sed sanctione quadam sunt confirmata*), tali sono le leggi, le mura, le porte delle città. Queste cose sono in certa guisa di dritto divino (*quodammodo divini juris sunt*). Il nome di *sancta* viene ad esse, dal verbo *sancire, sanctum* sanzionare, garentire.

Le cose sono dalle Instituzioni divise eziandio in cose *corporali*, ed *incorporali*. Le prime son quelle che esistono fisicamente, e cadono sotto i nostri sensi (*quae tangi possunt*). Le seconde quelle le quali non esistono che legalmente, e non possono cader sotto i nostri sensi (*quae tangi non possunt*).

Di queste ultime si può dire ch' esse comprendono tutto quello che consiste ne' dritti (*quae in jure consistunt*), come l' eredità le obbligazioni, le servitù, etc. Siffatti dritti si possono riguardar come cose, perchè possono alla lor volta divenir l' obbietto di altri dritti.

Proprietà ed altri dritti reali.

Lasciando dall' un de' lati tutti i dritti reali relativi allo stato delle persone sia nella società generale, sia nella città, sia nella famiglia, e considerando solamente quelli che hanno unicamente per oggetto la ricchezza materiale, bisogna annoverar come tali sotto Giustiniano: la proprietà, il possesso, che ad essa strettamente si rannoda; le servitù sì personali, e sì reali; i diritti d' enfiteusi; di superficie; e da ultimo di pegno, o ipoteca.

Proprietà (*dominium*, *proprietas*).

Sotto le Dodici Tavole non vi era che un sol dominio romano proprio dei soli cittadini. Più tardi s' introdusse oltre a questo una spezie di proprietà imperfetta, e naturale, e si distinse il dominio romano (*dominium ex jure Quiritium*), ed il fatto di avere una cosa ne' suoi beni (*in bonis habere*). Sotto Giustiniano queste distinzioni non erano più altro che un nome; una costituzione imperiale interamente le abolì, e non si riconobbe più che una sola proprietà spogliata del carattere speciale che il dritto primitivo aveale impresso, e somigliante a quella degli altri popoli.

La proprietà dà sulla cosa un pieno potere (*plenam in re potestatem*): potere di occuparla, di ritrarne tutti i servigi, tutti i prodotti, di modificarla, di dividerla, di alienarla, ed anche di distruggerla.

Tra tutti siffatti diritti si distinguono come quelli che presso a poco comprendono tutti gli altri, o almeno i principali: il *jus utendi* o il dritto di ritrarre i servigi; il *jus fruendi* quello di raccogliere i frutti; il *jus abutendi* quello di disporre della cosa o alienandola, o distruggendola; ed in fine il *jus vindicandi* quello di poter ricuperare la cosa dalle mani di qualsivoglia detentore, il quale ultimo dritto non è che la sanzione degli altri.

Di quì è venuta la definizione generalmente adottata dai comentatori: *dominium est jus utendi fruendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur.*

Parecchi tra i dritti che compongono il dominio possono essere separati l' uno dall' altro, ed anche appartenere per frammenti a diverse persone; ma si considera sempre come proprietario colui al quale rimane il potere di disporre.

Possesso (*possessio*).

Si vuol accuratamente distinguere il possesso puramente fisico dal possesso legale.

Il possesso fisico (*nuda detentio*, *naturalis possessio*, *corporalis possessio*) non è che un fatto; esso è la detenzione, l' occupazione reale di una cosa. Tuttavia questo fatto non è senza qualche influenza nel dritto.

Il possesso legale (*possessio*) è non solamente un fatto, ma un dritto. Due elementi lo compongono, il fatto, e l'intenzione. Vi ha fatto legale di possesso ogni volta che la cosa è in un modo qualunque a nostra libera disposizione. In quanto all'intenzione essa consiste nella volontà di posseder la cosa da padrone.

Il possesso produce secondo le circostanze diversi vantaggi. Esso dà la proprietà e delle cose *nullius*, delle quali alcuno sia il primo ad impadronirsi, e delle cose che il padrone vuole alienare in prò d'altri; esso fa in certi casi guadagnare i frutti consumati, ed anche acquistare a capo di un determinato tempo la proprietà delle cose appartenenti ad altrui; esso dà il dritto di ritenere la cosa in fino a che altri abbia provato esserne egli il proprietario; finalmente si può agire in giudizio per conservare, o farsi rendere il possesso.

Parecchi tra i diritti che il possesso produce possono separarsi l'uno dall'altro, e darsi a differenti persone, ma si considera sempre come possessore colui a nome del quale gli altri ritengono la cosa.

Per gli oggetti incorporali vi è non già un *possesso*, ma un *quasi-possesso* composto parimente di due elementi: il fatto di avere a sua libera disposizione l'esercizio del dritto, e l'intenzione di esercitar questo dritto da padrone.

Azioni relative al possesso, o alla proprietà.

I diritti di possesso, o quasi-possesso sono reclamati, o protetti per via degl'interdetti (*interdicta*), che dopo l'abolizione della procedura per formole son divenuti delle vere azioni. Gl'interdetti sotto Giustiniano si dividono quanto a ciò che riguarda il possesso in tre classi: interdetti per acquistare, per conservare, o per ricuperare il possesso, a' quali anticamente se ne aggiugneva una quarta, interdetti doppi, cioè tanto per acquistare, che per ricuperare il possesso.

I dritti di proprietà danno luogo alle azioni reali (*actiones in rem*) delle quali vi erano più spezie, e tra le quali è principalmente da notare la rivendicazione propriamente detta (*rei vindicatio*). L'attore in queste azioni sostiene che una cosa corporale, o incorporale appartiene a lui.

Modi di acquistare la proprietà di oggetti particolari.

Le Instituzioni distinguono i modi di acquistare per universalità (*per universitatem*), e quelli di acquistare degli oggetti particolari (*singulas res*).

Nell'acquisto per universalità non si acquista unicamente un dritto di proprietà, ma una massa universale di dritti, e di pesi di ogni maniera: proprietà, dritti reali di ogni spezie, crediti, obbligazioni. In una parola vi ha successione, cioè surrogazione di una persona ad un altra in un complesso di dritti. Di questa materia si tratterà più avanti.

Qui si tratta unicamente de' modi di acquistare la proprietà di oggetti particolari.

Questi modi si distinguono in modi del dritto delle genti, e modi del dritto civile. Al tempo di Giustiniano non si ha ripugnanza di porre in primo luogo i modi di acquistare naturali, o del dritto delle genti.

Modi di acquistare del dritto delle genti. Occupazione.

Le Instituzioni trattano in prima dell' occupazione.

Si divien proprietario per occupazione quando alcuno acquista per il primo il possesso d' una cosa *nullius*.

Adunque è mestieri : 1° che la cosa capace di entrare nel patrimonio dell' uomo non appartenga ad alcuno, come gli animali salvatichi, i loro prodotti, i prodotti del mare o delle sue rive, le isole nate in mare, i nemici, gli oggetti che il padrone ha gittati via per non volerli più avere, etc. ; 2° è mestieri che siasi acquistato il possesso legale della cosa, il che richiede, come sappiamo, il fatto che questa cosa sia in un modo qualunque in nostro potere, e l'intenzione di averla come nostra.

Del resto poco monta se abbiam preso la cosa sul nostro terreno, o su quel d' altrui.

La proprietà prodotta dall' occupazione d' una cosa *nullius* cessa dal momento che la cosa ritorna al suo stato naturale.

Accessioni (*accessiones*. — Confusione di cose appartenenti a diversi padroni.—Formazione di nuovi oggetti. — Frutti.

Il fatto che si compie allorchè una cosa viene a riunirsi, ad incorporarsi come dipendenza, come parte subordinata ad un'altra cosa principale, o da questa è assorbita, produce delle conseguenze di dritto da doversi bene esaminare, le quali presentano talvolta un vero acquisto, ma più frequentemente gli effetti del dritto di proprietà, il consumo della cosa altrui, e le regole per riparare il danno a colui che si trova per questo modo privato della sua cosa. I commentatori han dinotato questo genere d' avvenimenti col nome generico di *accessione*, ma questa parola non è stata nel dritto romano adoperata in tal senso ; essa dinota la cosa riunita come accessorio, e non il fatto della riunione. Le Instituzioni espongono successivamente parecchi esempi che si riferiscono a questo genere di avvenimenti, ma senza comprenderli sotto una denominazione generale.

L' accessione giusta l' avviso, secondo noi incontrastabile, di quasi tutti gli scrittori, è un vero modo naturale di acquistare per rispetto alle cose che non

appartengono ad alcuno, o sulle quali niuno può far riconoscere il suo dritto di proprietà, come sarebbe a dire i colombi, le api, ed altri simiglianti animali, che vengono a riunirsi ad una colombaia, o ad un alveare, le alluvioni, o il terreno che l'acqua insensibilmente trasporta, e getta o depone su di un podere. I romani, secondo noi, riferivano allo stesso caso le isole nate ne' fiumi, ed il letto da questi abbandonato; caso col quale non è da confondersi quello dell' inondazione, o di terreni, che si posson riconoscere, svelti e portati via dalla forza delle acque, o da qualunque altra violenta cagione. Sotto questo aspetto l'accessione è un mezzo di acquistare, che opera sulle cose *nullius* presso a poco come l' occupazione.

L' accessione è altresì presso i Romani un modo di acquistare anche la cosa altrui, benchè questa conservi la sua esistenza, e si possa perfettamente riconoscere dal proprietario, in alcuni casi eccezionali e rari, e segnatamente in quello della *ferruminatio*.

Nella più parte degli altri casi essa non è che l'assorbimento, il consumo, la distruzione rimediabile, o irrimediabile della cosa altrui, avvenimento, il quale non lascia al proprietario, la cui cosa è stata distrutta, che un semplice dritto d' indennità.

Per riguardo ai frutti non vi ha che gli effetti legali della proprietà, o del possesso.

Tra i diversi esempi arrecati dalle Instituzioni è da notare:

Ciò che distingue il caso in cui alcuno con la materia d' altri ha formato una nuova spezie, e quello in cui vi è stata confusione di cose liquide. Nel primo caso il carattere essenziale sta in ciò che la materia impiegata trovasi trasformata in nuovo oggetto, e questo per l' industria dell'operaio; la causa dell'acquisto della proprietà del nuovo oggetto quì è la *creazione*. Nel secondo la confusione non ha prodotto alcun nuovo oggetto, o l' ha prodotto a caso; dunque il dritto risultante dalla creazione non si trova in questo caso nè per l' una nè per l' altra delle parti; quì vi ha comproprietà;

Ciò che è relativo alle fabbriche fatte da alcuno sul suo terreno con materia di altri o sul terreno di altri, con la sua materia; ed il divieto che veniva dalle Dodici Tavole di far abbatter le fabbriche sia per la rivendicazione, sia per l' azione *ad exhibendum*, affinchè la città non avesse a rimanere sfigurata e deforme per le rovine (*ne ruinis urbs deformetur*);

In fine la differenza tra la scrittura considerata come accessione della carta, o della pergamena, e la pittura come cosa principale per rispetto alla tela.

Quantunque per regola generale i frutti di un podere appartengano al proprietario come prodotto della sua cosa, pure il possessore di buona fede ha in quanto a questi frutti due distinti vantaggi: il primo d' esser considerato proprietario per tutti i frutti di qualunque specie dal momento che son separati dal suolo, il secondo di non dovere al proprietario alcun conto pe' frutti consumati.

Ritrovamento del tesoro.

Il tesoro è definito nel Digesto : *Vetus quaedam depositio pecuniae cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* Esso è attribuito metà all' inventore, e metà al proprietario del terreno.

Tradizione (*traditio*).

Per regola generale appresso i Romani le convenzioni hanno per effetto di obbligare le parti contraenti all' adempimento delle loro promesse, ma non di trasferire la proprietà. Affinchè si produca quest'effetto in esecuzione, della convenzione, è necessario che si riunisca in favore di colui che acquista, *il possesso legale, e la volontà del proprietario capace di alienare.* Dal che seguita che se l' acquirente non ha il possesso, conviene che gli si dia.

Addomandasi *tradizione* l' atto col quale si da il possesso. Si può dare o semplicemente il possesso fisico, ed allora vi ha tradizione corporale (*nuda traditio*); o il possesso propriamente detto, ed allora vi ha tradizione propriamente detta.

Il solo fatto della tradizione corporale non trasferisce la proprietà, se non è avvenuta per una giusta causa. Intendesi per giusta causa un contratto, o un fatto qualunque, che induce come conseguenza la volontà di trasferire la proprietà, come sarebbe una vendita, una permuta, una donazione. Del resto questo fatto può essere il risultamento di una frode; può esservi stato un malinteso fra le parti dando l'una per una cagione, e l'altra ricevendo per un' altra; ma con tutto ciò basta che abbia determinata la volontà a trasferire la proprietà.

Le regole su questo modo di acquistare sono : Che la cosa sia stata in un modo qualunque messa a disposizione di colui che acquista; che sia stata data, e ricevuta con l'intenzione di trasferire la proprietà; allora vi ha tradizione del possesso legale; ma perchè la proprietà sia trasferita incontanente, è mestieri ancora che questa tradizione sia fatta dal proprietario capace di alienare.

Talvolta la sola volontà delle parti trasferisce la proprietà : 1° allorchè la cosa era fisicamente in potere dell' acquirente; 2° allorchè le parti convengono, che il proprietario, il quale aliena riterrà la cosa in prestito, in usufrutto, in deposito, etc. 3° allorchè colui che acquista avea già il possesso legale. Ma in questi casi la proprietà è trasferita perchè il possesso legale già esisteva, o la sola volontà è stata sufficiente a darlo.

Per altro vi ha de' modi civili di acquistare senza che vi sia possesso e reciprocamente senza che vi sia volontà del proprietario. Più appresso accadrà di ragionarne.

Non si dee distinguere più maniere di tradizione, benchè la tradizione si possa fare in più modi.

Per le cose incorporali come non può esservi che un quasi-possesso, così non può esservi che una *quasi-tradizione.*

Modi di acquistare degli oggetti particolari secondo il dritto civile. — Usucapione (*usucapio*) e prescrizione (*praescriptio*).

Il testo tratta in primo luogo dell' *usucapione* e della *prescrizione.*

Esse anticamente differivano in ciò: che l' usucapione era di dritto civile, ed applicabile a' mobili in tutt' i paesi, ed agl' immobili d' Italia solamente, la prescrizione era di dritto pretorio, ed applicabile agl' immobili delle province.

La prima avea luogo dopo un anno pe' mobili, e dopo due anni per gl' immobili, la seconda dopo dieci anni tra presenti, e venti tra assenti.

L' usucapione era un modo di acquistare; la prescrizione un modo di liberarsi, una spezie d' eccezione per ributtare l' azione del proprietario.

L' una dava il dominio della cosa coi pesi di pegno, o ipoteca ond' era gravata; l' altra serviva a respingere non solamente il proprietario, ma eziandio i creditori, che non aveano esercitato i loro dritti.

L' usucapione non era interrotta per l' azione, e continuava durante la lite; la prescrizione era interrotta da ciò che addomandavasi *litis contestatio.*

Giustiniano le confonde e modifica l' una per l' altra; egli vuole che in tutt' i paesi i mobili si acquistino mediante l' uso per lo spazio di tre anni, e gl' immobili per lo spazio di dieci anni tra presenti, e venti tra assenti. *Uso* in questa materia si adopera per *possesso.*

Non si possono acquistar mediante l'uso: gli uomini liberi; le cose fuori commercio, sacre, o religiose; gli schiavi fuggitivi; le cose rubate, in forza della legge delle Dodici Tavole, e della legge *Atinia*; gl' immobili occupati per violenza, in forza della legge *Julia et Plautia*; in fino a che il vizio risultante dalla fuga, dal furto, dalla violenza non sia purgato pel ritorno degli oggetti in mano del proprietario; le cose del fisco, eccetto i beni vacanti, che non gli sono stati ancora denunziati; gl' immobili delle chiese; i beni de' minori dell' età di 25 anni; ed alcuni altri ancora.

Le condizioni necessarie per l' acquisto mediante l' uso sono: 1° il possesso civile; 2° Una *giusta causa* di possesso (*justa causa justus titulus*); chiamasi così o un contratto, o un fatto qualunque conforme al dritto, per effetto del quale il possesso è stato ricevuto, o preso nel fine di acquistare la proprietà; vi ha giusta causa di possesso quando si possiede per esempio *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro soluto*, *pro derelicto*, *pro legato*; *pro suo.* Con tutta la giusta causa può incontrare che la proprietà non si acquisti subito per qualche ostacolo provegnente o dalla cosa, o da chi l'ha ricevuta; 3° La buona fede, la quale ha luogo quando il possessore ignora del tutto il vizio del suo acquisto; essa dee provenire da un errore di fatto e non di dritto; di più è mestieri che non sia un errore grossolano; per al-

tro la buona fede si richiede solo al cominciamento del possesso; tuttavia per la vendita è necessario che essa abbia avuto luogo nel momento del contratto, ed in quello della tradizione; era quistione molto controversa se allorchè vi era buona fede senza che il possesso fosse effettualmente fondato sopra una giusta causa, l'usucapione potesse aver luogo: il testo la decide negativamente; non pertanto si trovano delle eccezioni a questa decisione nel Digesto; 4° La quarta condizione è il *tempo richiesto*, questo tempo si computa per giorni e non per ore.

Talune volte il tempo di un primo possessore si riunisce a quello del suo successore; ciò ha luogo tanto pe' successori i quali continuano la persona del defunto, al quale son succeduti *pro herede*, *pro possessore*, quanto pe' successori i quali non continuano questa persona, per esempio, quelli che han ricevuto a titolo di vendita, di donazione, di legato, etc., con questa differenza tra loro che l'erede, il possessore di beni non acquistano che quando il defunto avrebbe acquistato, qualunque sia per altro la loro buona, o mala fede personale, mentre i successori particolari acquistano, o non acquistano secondo che essi medesimi sono di buona, o mala fede, e qualunque sia stata l'opinione del loro autore; per modo che in quest'ultimo caso i tempi non si riuniscono che quando l'autore ed il successore hanno amendue utilmente posseduto.

La prescrizione, come l'usucapione sia pe' mobili, sia per gl'immobili produce sotto Giustiniano la proprietà; quanto ai dritti di servitù, o di pegno, essi si estinguono se la cosa si è posseduta come libera.

L'interruzione dell'acquisto mediante l'uso chiamasi presso i Romani *usurpatio*. Essa ha luogo naturalmente, allorchè per furto, per violenza, per invasione delle acque, per prigionia, in fine per un avvenimento qualunque chi possedeva viene a perdere il possesso; ovvero quando il vero proprietario viene ad ottener la cosa anche a titolo di pegno, o di affitto. L'interruzione civile ha luogo sotto Giustiniano per l'azione del vero proprietario.

Vi è ancora qualche altra prescrizione come sarebbe quella che dicesi *longissimi temporis*. La quale ha luogo alcune volte per trent'anni, alcune altre per quaranta; essa anticamente non era che un modo di liberarsi, ma sotto Giustiniano è divenuta in parecchi casi un modo di acquistare. Tale era eziandio la prescrizione particolare introdotta per le alienazioni del fisco, della quale il testo fa menzione.

Il possessore ha per garentia de' suoi dritti innanzi che l'usucapione o la prescrizione si compia, gl'interdetti possessori per conservare il possesso di cui gode; ed anco se per qualche avvenimento venga a perderlo, l'azione publiciana (*publiciana in rem actio*) per rivendicare la cosa, come se di già fosse stata prescritta; dopo che l'usucapione, o la prescrizione è compiuta egli ha tutte le azioni o eccezioni, che risultano dalla proprietà.

Legato (*Legatum*).

Il legato è anche un modo civile di acquistare la proprietà senza la necessità di alcuna tradizione, pel solo effetto della legge. Ma come questa materia intimamente si lega a quella de' testamenti , così trovasi nelle Instituzioni rinviata più appresso , e trattata solamente come appendice delle eredità testamentarie. Il fedecommesso sotto Giustiniano essendo ne' suoi effetti assomigliato al legato deve in quest' epoca esser parimente annoverato tra i modi civili di acquistare.

Donazione a causa di morte (*mortis causa donatio*).—E, per occasione , donazione tra vivi (*donatio*) , dote (*dos*) , donazione a causa di nozze (*propter nuptias*).

La donazione a causa di morte (*mortis causa donatio*) è come il legato un modo civile di trasferire senza tradizione , e pel solo effetto del dritto la proprietà da una persona all' altra. Le altre donazioni non sono modi , ma semplicemente cause legittime di acquistare ; vale a dire che per se medesime non trasferiscono la proprietà ma servono di causa al trasferimento che ne dee seguire. Le Instituzioni adunque ne trattano quì per occasione , ma non è questo esattamente il loro posto.

La parola *donatio* nella sua significazione etimologica significa rigorosamente un trasferimento di proprietà (*datio*) fatto per liberalità (*dono*). Essa nella sua origine esprimeva il fatto di questo trasferimento , e non un modo di produrlo , o di obbligarvisi.

Chiamasi donazione a cagione di morte quella che è subordinata alla condizione della morte.

La morte di cui trattasi può essere o generale in qualunque maniera o tempo sopravvenga, ovvero spezialmente preveduta nella tale, o tal'altra congiuntura. Può anche essere la morte di una terza persona.

La donazione vi può esser subordinata in due differenti modi : o in guisa che abbia a valere solamente se la morte avrà luogo , ed al tempo della morte , o in guisa che abbia subito l'effetto, ma che debba risolversi se l'indicata premorienza non abbia luogo.

I suoi effetti variano secondo che si tratta del primo , o del secondo di questi casi.

La donazione a causa di morte non è veramente e per se medesima un modo di acquistare che nel primo caso.

La donazione a causa di morte debb'esser fatta in presenza di cinque testimoni col consentimento del donante e del donatario.

Essa è rivocabile.

Essa ha grande analogia ma ha eziandio delle differenze col legato.

Essa non si dee confondere con ciò che addomandavasi acquisto a cagione di morte (*mortis causa capio*).

La donazione tra vivi nel dritto primitivo non era un contratto, nè una convenzione obbligatoria. La parola donazione non dinotava neppure la convenzione di donare, ma sibbene l'atto stesso del donare, il quale si compiva per uno de' modi ordinarii di trasferire la proprietà. Infino a qui, e pel solo effetto della convenzione non vi era nè acquisto, nè obbligazione.

La convenzione di donare per effetto delle costituzioni imperiali ha successivamente mutato carattere. Giustiniano vuole che questa maniera di convenzione sia obbligatoria come la vendita; ma la proprietà non si trasferisce che per la tradizione. Adunque la donazione tra vivi così intesa non è un modo di acquistare.

Essa debb' essere registrata in pubblica scrittura (*insinuata*) salvo alcune eccezioni.

Essa è irrevocabile eccettochè per cagione d' ingratitudine; e per sopravvegnenza di figliuoli, ma in un caso solamente.

Essa differisce in parecchi punti importanti dalla donazione a causa di morte.

Le donazioni eran vietate tra' conjugi stando il matrimonio. Non pertanto dopo un senato-consulto pubblicato sotto Caracalla esse non sono radicalmente nulle, ma soltanto rivocabili per la volontà del donante, e si trovano confermate, se il donante si muoia senz' averle rivocate.

Vi ha una correlazione tra la donazione per causa di nozze da parte del marito, e la dote da parte della moglie.

La dote vien definita: tutto ciò ch' è arrecato da parte della donna al marito per sostenere i pesi del matrimonio.

Da prima questa sorta di convenzione non era nel numero de' contrattti: essa effettuavasi pel trasferimento immediato della proprietà; in difetto di ciò non potevasi altramente rendere obbligatoria che per la stipulazione o per la *dictio* della dote. Talune costituzioni imperiali l' han dichiarata obbligatoria per se medesima.

Fu permesso ben presto di costituire la dote non solo innanzi, ma eziandio durante il matrimonio.

Il marito era proprietario de' beni dotali, stando il matrimonio, ma con l' obbligo di restituirli al discioglimento del matrimonio nella medesima quantità e qualità per le cose fungibili, o stimate nel contratto, e identicamente per le altre cose.

Gl' immobili dotali non erano in sulle prime inalienabili: il marito poteva obbligarli, o alienarli, acconsentendovi la moglie. La legge *Julia* cominciò a proibire l' ipoteca, e Giustiniano ne vietò l' alienazione: da questo punto fu stabilita la loro *inalienabilità*.

La donazione ante *nuptias* non cominciò a porsi in uso che posteriormente alla dote. Essa non potevasi fare che prima delle nozze essendochè le liberalità eran vietate tra conjugi.

Essa si faceva dalla parte del marito alla moglie per analogia, ed in cer-

ta guisa per compensamento della dote. Questa spezie di compensamento consisteva in ciò che la donazione ante-nuziale era, come la dote, destinata a sostenere i pesi del matrimonio; i beni che la componevano erano come il fondo dotale sicuri dalle persecuzioni de' creditori, ed alla fine del matrimonio era restituita del pari che la dote.

Il marito in alcuni casi incorreva nella perdita della sua donazione, del pari che la moglie ne' casi somiglianti soffriva la perdita della sua dote.

Il vantaggio che uno degli sposi avesse fatto all'altro in caso di sopravvivenza sulla dote o sulla donazione era reciproco; secondo una costituzione di Leone, ed Antemio vi dovea in siffatti vantaggi essere un'eguaglianza proporzionale; secondo Giustiniano eguaglianza numerica.

Giustino permise di aumentare, e Giustiniano anche di costituire questa donazione durante il matrimonio; e da allora in cambio di chiamarsi *ante nuptias* si chiamò *propter nuptias*.

Nella donazione a causa di morte subordinata alla condizione della morte, il donatario da che questa condizione si è verificata ha l'azione reale (*rei vindicatio*) per richiedere la cosa donata, perciocchè la proprietà glien' è stata trasferita per effetto del solo dritto.

Nella donazione a causa di morte, immediata, ma rivocabile se la premorienza non ha luogo, il donante, se vuol rivocare e riprendere la sua liberalità prima dell'avvenimento, ha regolarmente secondo i principii dello stretto dritto la *condictio* per farsene rendere dal donatario la proprietà. La giurisprudenza gli dà inoltre per estensione una rivendicazione utile per ricuperare la cosa, come se non l' avesse alienata. Parimente se la donazione si è risoluta per l' avveramento del caso preveduto, cioè della sopravvivenza del donante, questi ha per farsi rendere la cosa la *condictio quasi re non secuta*, ed anche per una estensione utile la *rei vindicatio*.

Le donazioni tra vivi, le quali non si son messe ad effetto per la tradizione, danno al donatario per farsi rilasciare gli oggetti donati la *condictio certi* o l'azione *ex stipulatu* se vi è stata stipulazione; e la *condictio ex lege* se non vi è stata che una semplice convenzione.

Dritto d' accrescimento (*jus adcrescendi*) abolito sotto Giustiniano.

Allorchè uno schiavo apparteneva in comune a più padroni, la liberazione fatta da uno o più de' padroni in un modo che avrebbe dovuto rendere il francato cittadino romano se fosse stata fatta da tutti, giovava a coloro che non aveano liberato lo schiavo, e formava per loro un modo particolare di acquisto sotto il nome di dritto di accrescimento (*jus adcrescendi*).

Giustiniano abroga siffatta legislazione: lo schiavo sarà libero, ed i padroni che non vi hanno acconsentito riceveranno un' indennità.

Perdita del possesso, o della proprietà.

Il possesso legale si perde pel fatto o per l'intenzione. Pel fatto allorchè la cosa cessa di essere a nostra disposizione; per l'intenzione quando è manifesto che non vogliamo più possedere. Ma la sola assenza non fa perdere il possesso, perchè questa non impedisce che la cosa non sia a nostra libera disposizione.

La proprietà si perde principalmente: allorchè colui che l'avea diviene incapace di essere proprietario; allorchè la cosa perisce, o è posta fuori del patrimonio degli uomini; allorchè la proprietà è trasferita ad altri; allorchè il padrone abbandona la cosa non volendola più avere.

Servitù in generale (*servitutes*); servitù reali, o prediali (*rerum o praediorum*).

Le servitù considerate dal lato di chi ne gode sono degli smembramenti, delle frazioni più o meno importanti del dritto di proprietà; dal lato di chi le soffre sono delle modificazioni, delle alterazioni della proprietà.

Esse diconsi *jura* perchè consistono in certi dritti sulla cosa altrui; e servitù perchè sono una soggezione del fondo che vi è sottoposto.

Si dividono in reali, o prediali (*rerum, praediorum*), e personali (*personarum o personales*) secondo che sono stabilite per aumentare l'utilità di una cosa, o pel vantaggio individuale di una persona.

Parecchi principii sono ad esse comuni: 1° tutte sono dritti reali sulla cosa altrui; 2° niuno può aver servitù sulla sua propria cosa (*nemini res sua servit*); 3° esse consistono o in soffrire, o in non fare, ma giammai in fare; 4° non si può sopra una servitù stabilire un'altra servitù (*servitus servitutis esse non potest*); 5° non possono esser possedute; ma per quelle che consistono nel soffrire si è ammesso quasi-possesso.

Le servitù prediali hanno per oggetto solamente gl'immobili.

Esse possono consistere o in soffrire, o in non fare:

Son considerate come indivisibili.

Si distinguono in servitù di fondi rustici, o di fondi urbani (*rusticorum vel urbanorum praediorum*).

Per fondo rustico, allorchè si tratta di diffinir la natura delle servitù si dee intendere il *suolo*; per fondo urbano la *superficie*, ciò che si è elevato al di sopra del suolo, qualunque sia il luogo in cui si trova, città, o campagna. Del resto le servitù non prendono la loro qualità nè dal fondo dominante, nè dal fondo serviente, ma dalla loro propria natura; quelle che esistono pel suolo (*quae in solo consistunt*) son servitù di fondi rustici; quelle che consistono nella superficie, vale a dire la cui esistenza porta necessariamente l'idea

di superficie, di costruzione al di sopra del suolo (*quae in superficie consistunt*) sono servitù di fondi urbani.

Queste ultime hanno un carattere di continuità che non hanno in generale le servitù rustiche; il che produce delle importanti differenze nel quasi possesso di queste servitù, e nella maniera di perderle pel non uso.

Oltre a ciò le servitù rustiche erano anticamente *res mancipi*, le altre *nec mancipi*. Siffatta distinzione è abolita sotto Giustiniano.

Tra le servitù rustiche si dee notare: *l' iter* il cui scopo essenziale è di passare (*eundi gratia*); *l'actus* il cui scopo essenziale è di condurre, e che comprende eziandio il dritto di passare (*eundi vel agendi gratia*); la *via*, il cui scopo essenziale è di passare, di condurre, e di servirsi del cammino per tutti i suoi usi. Questi dritti si distinguono anche tra loro per alcune differenze di larghezza nel cammino.

Nelle servitù di fondi urbani è da por mente alla differenza che è tra le servitù *oneris ferendi, e tigni immittendi; stillicidii recipiendi, e non recipiendi; altius non tollendi, ed altius tollendi; luminum, e ne luminibus officiatur.*

Affinchè possa aver luogo la servitù prediale si richiedono necessariamente due fondi d' una vicinanza sufficiente per l' esercizio del dritto; è mestieri che la servitù sia di qualche utilità, o di qualche diletto; da che essa diviene inutile, svanisce; da ultimo è mestieri generalmente che abbia una causa perpetua.

Sotto la legislazione di Giustiniano le servitù si stabiliscono sia come dritti reali, sia almeno come obbligazioni:

1º Per convenzione, il che debbesi intendere o de' patti e delle stipulazioni, o de' patti inseriti in una vendita in una tradizione; o della vendita stessa del dritto di servitù;

2º Per testamento, o lasciando direttamente la servitù, o condannando l'erede a sopportarla;

3º Per l' uso: niuna servitù, almeno dopo la legge *Scribonia* non si può acquistar per usucapione; ma i pretori, le costituzioni imperiali danno delle azioni utili, degl' interdetti utili per far mantenere ne' loro dritti quelli che godono da gran tempo di alcune servitù, tra le quali son principalmente le servitù urbane e i dritti di corso delle acque; per siffatto acquisto mediante l' uso non si richiede un titolo, ma un godimento che non sia nè violento, nè clandestino, nè precario; il tempo non è determinato, ma debb'esser lungo, talvolta anche antichissimo tanto che non se n'abbia ricordanza, e ciò secondo la natura delle servitù, e le circostanze. È quistione se Giustiniano l' abbia stabilito a dieci anni tra presenti, e venti tra assenti;

4º Per aggiudicazione nelle azioni *familiae erciscundae*, e *communi dividundo*.

Tra questi diversi modi, sotto Giustiniano, i patti inseriti nella tradizione, il testamento, il lungo uso, e l' aggiudicazione stabiliscono le servitù come dritti reali; per gli altri patti e stipulazioni la quistione è controversa; ma noi pensiamo che fanno solamente nascere un' obbligazione.

Le servitù si estinguono:

1° Per la perdita di uno de' due fondi;

2° Per la confusione;

3° Per la remissione, che ha luogo quando il padrone del fondo dominante ha volontariamente lasciato fare qualche atto che impedisce la servitù;

4° Pel non uso, il cui tempo è fissato da Giustiniano a dieci anni tra presenti, e venti tra assenti: vi è anche su questo punto una differenza tra le servitù rustiche e le urbane; per queste si richiede che il padrone del fondo servente abbia acquistato la sua liberazione (*libertatem usucapere*) per via di un atto contrario alla servitù. Noi non ammettiamo l' opinione di coloro, i quali pensano che Giustiniano abbia richiesta questa condizione anche per le servitù rustiche.

Finalmente vi sono alcuni altri modi di estinzione meno importanti.

Servitù personali (*personarum*). — Usufrutto; uso; abitazione; dritto ai lavori di uno schiavo.

Le servitù personali possono aver per oggetto così i mobili, come gl'immobili;

Esse non consistono mai in altro che in soffrire;

Non tutte sono indivisibili; l' usufrutto è considerato come suscettivo di divisione: l' uso come indivisibile.

L'usufrutto vien definito: *jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*

Il *jus utendi* non è il dritto di prendere i frutti circoscritto dalla necessità, ma un dritto distinto, il quale consiste nel ritrarre dalla cosa tutta l' utilità ch' esso può rendere, senza però prenderne alcun prodotto, nè alterarne la sostanza;

Il *jus fruendi* da il dritto di percepire tutti i prodotti, che si annoverano nella classe de' frutti o naturali, o civili, perocchè l' usufruttuario può dare in affitto, vendere, o cedere gratuitamente l' esercizio del suo dritto. Egli non diviene proprietario de' frutti se non quando o egli, o altri in suo nome li abbia raccolti; pe' frutti civili li acquista giorno per giorno, salvo se questi siano la rappresentazione de' frutti naturali, perciocchè in quest'ultimo caso non li acquista che quando sia fatta la ricolta.

L' usufruttuario dee godere da buon padre di famiglia senz' alterare la sostanza (*salva substantia*); per la parola *sostanza* si vuol qui intendere quello che è il principale, il carattere essenziale nel modo di essere della cosa. Egli dee dar cauzione per garentia delle sue obbligazioni.

L' usufrutto si stabilisce:

1° Per via di patti, e stipulazioni; bisogna su questo punto riandare ciò che si è detto per le servitù prediali;

2° Per legato; si vuol notare che in questa spezie di legati non si distingue il momento in cui il dritto eventuale è fissato (*dies cedit*) da quello in

cui è scaduto (*dies venit*): se il legatario si muore prima della scadenza egli non vi ha mai avuto dritto;

3º Per aggiudicazione.

4º In alcuni casi per la legge.

In quanto all' uso o possesso, questo nel dritto antico non poteva mai far acquistare l' usufrutto; è quistione molto controversa se Giustiniano l'abbia ammesso a produr questo effetto al termine di dieci anni tra presenti, e venti tra assenti.

L' usufrutto si estingue:

1º Per la morte dell' usufruttuario;

2º Per le sue diminuzioni di capo: anticamente tutte e tre, sotto Giustiniano, la grande e la mezzana soltanto;

3º Pel non uso: secondo Giustiniano per lo spazio di tre anni riguardo ai mobili, e di dieci o venti anni riguardo agl'immobili; noi non ammettiamo l'avviso di quei che pensano che Giustiniano abbia cambiato non pure il *tempo*, ma eziandio il *modo* dell'estinzione pel non uso. È da por mente che l' usufrutto *in singulos annos, vel menses, vel dies* non può estinguersi per cosiffatto modo;

4º Per la cessione al nudo proprietario;

5º Per la consolidazione;

6º Pel cambiamento nella sostanza delle cose, ed ancora per altri modi.

L' usufrutto estinto si riunisce alla nuda proprietà, ma solamente quando questa estinzione è intera.

Un senato-consulto posteriore a Cicerone ha permesso di legare una spezie di usufrutto sulle cose che usando si consumano.

Colui al quale si dà questo dritto riceve le cose in piena proprietà, ma dà sicurtà di restituirle nella medesima quantità, e qualità alla fine dell' usufrutto; e più frequentemente di restituirne la valuta.

La morte, o le diminuzioni di capo, il termine, o la condizione sono presso a poco i soli mezzi che estinguono questa spezie di usufrutto chiamato da' comentatori secondo alcune espressioni de' testi *quasi-usufrutto*.

L' uso è il dritto di ritrarre l' utilità e i servigi della cosa altrui senza prenderne alcun prodotto, e senz' alterarne la sostanza.

Secondo lo stretto dritto l' usuario ha tutto l' uso, salvo quello che è indispensabile alla cultura ed alle ricolte; ma non può prendere alcun prodotto, nè affittare, nè vendere, nè cedere gratuitamente l' esercizio del suo dritto. Alcune interpetrazioni favorevoli hanno in taluni casi, secondo la natura delle cose o secondo l' intenzione delle parti, modificate queste restrizioni. E mestieri applicar successivamente questi principii all' uso di un fondo, di una casa, di una greggia di bestiame minuto, etc.

L' uso si stabilisce, e si estingue come l' usufrutto.

Il dominio può esser siffattamente smembrato, che ad uno appartenga l' uso, ad uno l' usufrutto, e la nuda proprietà ad un altro.

L' abitazione è da Giustiniano annoverata tra le servitù personali; essa in sul principio non era considerata come tale; differisce per la sua natura

da queste servitù in ciò che essa non è un dritto unico, uno smembramento del dominio, ma solamente un vantaggio quotidiano aperto, ed acquistato giorno per giorno dal legatario, vantaggio, il quale per conseguenza non vien meno nè pel non uso, nè per la piccola diminuzione di capo; sotto Giustiniano essa si avvicina solo pe' suoi effetti all' usufrutto.

Il medesimo è pel dritto ai lavori d' uno schiavo (*jus operarum servi*) il quale oltre a ciò che abbiam detto dell' abitazione differisce anche maggiormente dalle servitù personali in ciò che si può trasmettere agli eredi, e continua finchè vive lo schiavo.

Azioni relative alle servitù.

Il quasi possesso delle servitù è protetto dagl' interdetti *uti possidetis*, *utrubi*, *e unde vi*, non diretti, ma utili. Vi ha eziandio a riguardo di alcune servitù rustiche taluni interdetti speciali per proteggere il quasi-possesso allorchè non è nè violento, nè clandestino, nè precario, e dura da un anno.

Per la rivendicazione delle servitù personali o fondiali vi ha due azioni reali: l' azione confessoria, e l' azione negatoria: la prima per reclamare una servitù, nell' esercizio della quale si soffre molestia, e per sostenere che si ha la tale servitù; la seconda per rivendicare una servitù che alcuno esercita, o vuole esercitare sulla nostra cosa, e per sostenere che questa frazione del dominio appartiene a noi, e non è staccata dal nostro dominio.

Queste azioni reali han ciò di particolare che alcuno le può intentare quantunque sia possessore.

Finalmente in certi casi, anche delle azioni personali possono aver luogo relativamente alle servitù.

Enfiteusi (*emphyteusis*).

Come dritto reale l' enfiteusi, è un particolare ed esteso smembramento della proprietà, il quale conferisce a colui al quale è attribuito, il diritto di ritrarre tutta l' utilità, tutt' i prodotti della cosa altrui, di farvi tutte le modificazioni che vuole, purchè non la deteriori, ed anche di disporne trasferendo ad altri il suo dritto. La durata di questo dritto è indefinita; esso passa ereditariamente a' successori testamentari, o *ab intestato*.

Questo dritto presso i Romani si vede sempre accompagnato dall' obbligazione principale imposta all' enfiteuta di pagare al proprietario una pensione periodica (*pensio*, *canon*).

La convenzione relativa a questo dritto forma un contratto particolare obbligatorio pel solo consentimento delle parti; ma il dritto reale non viene conferito che per la quasi-tradizione.

L' enfiteuta ha per la protezione del suo dritto reale le medesime azioni che un vero proprietario, ma solamente come azioni utili.

Superficie (*superficies*).

Il dritto di superficie (*jus superficiarium*) è un dritto reale d'istituzione pretoria. Esso è un dritto analogo ne' suoi effetti a quello di enfiteusi, ma conceduto unicamente, dal proprietario d'un terreno, sopra qualunque costruzione su questo terreno elevata.

Siffatta concessione può esser fatta gratuitamente, o a titolo oneroso, col peso di pagare o un prezzo determinato per una volta sola, o una pensione periodica (*pensio*, *solarium*).

La convenzione non può aver luogo in modo obbligatorio, se non nella forma, e secondo le regole de' contratti ordinari. Ma il dritto reale non è conferito che per la quasi-tradizione.

Il superficiario ha come l' enfiteuta, ma solamente in quanto alla superficie, ed a titolo d' azioni utili le medesime azioni che un proprietario.

Pegno, o ipoteca (*pignus*, *hypotheca*).

Le espressioni di pegno o d' ipoteca per rispetto al dritto reale ch' esse dinotano, sono interamente sinonime e non vi ha tra esse alcuna differenza per questo riguardo. Questo dritto reale è un dritto di garantia sopra una cosa destinata al pagamento di un debito. Esso da al creditore con pegno o ipotecario la facoltà: 1° di far vendere la cosa per esser pagato sul prezzo; 2° d' esser pagato su questo prezzo in preferenza degli altri creditori; 3° di rivolgersi contro i terzi detentori per garentia, ed esercizio de' due dritti precedenti.

Questo dritto reale è d'invenzione pretoria. Esso ha questo di particolare ed interamente eccezionale, che la sola convenzione basta a stabilirlo.

L' azione data al creditore per l' esercizio di cosiffatto dritto è un' azione pretoria particolare generalmente chiamata azione *quasi serviana*.

Persone capaci o incapaci di alienare.

Generalmente per alienare bisogna esser proprietario; e reciprocamente quando si è proprietario si può alienare.

Queste due regole patiscono delle eccezioni.

Così, il marito dopo le disposizioni della legge JULIA estese da Giustiniano, non può alienare nè ipotecare l'immobile dotale, anche acconsentendo-

vi la moglie; ma la nullità non può essere invocata che dalla moglie, o dai suoi rappresentanti.

Reciprocamente il creditore può vendere il pegno, benchè egli non ne sia proprietario: per verità ciò avviene per effetto della convenzione fatta col debitore.

Un impubere non può alienare. S' egli dà qualche cosa in *mutuum*, il contratto di prestito non è valido; in conseguenza egli ha la rivendicazione per ricuperare la cosa, se ancora esiste; la *condictio certi* se è stata consumata di buona fede; e l' azione *ad exhibendum*, se di mala fede. Se l' impubere riceve un pagamento dal suo debitore, egli acquista la cosa e nondimeno il debitore non è liberato; ma questi ha contro il pupillo l' eccezione di frode fino a concorrenza di ciò che ha profittato. Affinchè il pagamento dia al debitore che lo fa *piena sicurezza*, è necessario che sia non solamente fatto al tutore, ma ancora con la permissione del giudice. Quanto alla cosa data in pagamento dall' impubere senz' autorizzazione, devesi applicare ciò che si è detto della cosa data in *mutuum*.

Per mezzo di quali persone si acquista.

Si acquista non solamente da se medesimo, ma eziandio per mezzo di altre persone. A tal riguardo è da distinguere tra l' acquisto della proprietà, e quello del possesso.

Si acquista la proprietà: per mezzo del figliuolo di famiglia, che si ha sotto la propria potestà; per mezzo degli schiavi; per mezzo di coloro di cui si ha l' usufrutto o l' uso; e per mezzo degli schiavi altrui o delle persone libere che si posseggono di buona fede.

Tuttavia a riguardo de' figliuoli di famiglia che si hanno in potestà, son da fare delle distinzioni relativamente a' diversi peculi. Questi peculi sono di quattro specie: peculio *castrense*, *quasi-castrense*, e quelli che i commentatori han chiamati peculio *avventizio*, e *profettizio*. La posizione de' figliuoli di famiglia relativamente a' loro diritti su questi peculi successivamente migliorata per le imperiali costituzioni, fu da Giustiniano anche a miglior condizione ridotta.

A riguardo delle altre persone, per mezzo delle quali si può acquistare la proprietà, son da fare le distinzioni che risultano dall' estensione de' dritti attribuiti all' usufruttuario, all' usuario, o al possessore di buona fede.

In tutti questi casi, e ne' loro diversi limiti si acquista la proprietà anche non sapendolo, e non volendolo.

In quanto al possesso, si acquista eziandio per le medesime persone, e ne' medesimi limiti. Tuttavia vi ha questa differenza che non si acquista, come la proprietà, non volendolo, e non sapendolo; è necessario che abbiamo l'intenzione; e per conseguenza la cognizione del possesso preso in nostro nome. Nondimeno, se si tratta di cose che entrano in un peculio, l'intenzione generale di profittare di ciò che vi entra, è sufficiente, senza che abbiamo la co-

gnizione particolare di ciascuna cosa, il cui possesso effettualmente vi è entrato.

A riguardo poi delle persone estranee, noi mai non acquistiamo per loro mezzo la proprietà; ma possiamo acquistare il possesso, e per via di conseguenza la proprietà. Anche in questo caso è mestieri che abbiamo la conoscenza e l'intenzione del possesso, che per esse a nostro nome si è preso. Nondimeno se è un nostro procuratore, la primitiva commissione è sufficiente, ed il possesso ci è acquistato anche non sapendolo noi, ed innanzi che conosciamo che il nostro procuratore l'ha ricevuto.

Dopo aver così esposti i modi di acquistare degli oggetti particolari, il testo passa all'esposizione de' modi di acquistare per universalità.

DELLE SUCCESSIONI, O ACQUISTI PER UNIVERSALITÀ.

Vi erano de' casi in cui l'intero patrimonio di una persona, l' universalità de' suoi beni, e de' suoi dritti passava in massa in un altra persona: allora avea luogo ciò che dicevasi successione per universalità (*per universitatem successio*), acquisto d' una universalità (*per universitatem acquisitio*).

L' universalità così trasmessa comprendeva nel suo complesso tutt' i beni corporali ed incorporali, tutt' i dritti attivi, e passivi, eccetto solamente alcuni, che per natura si estinguevano per effetto di questo medesimo mutamento.

Quegli che per tal modo acquistava trovavasi surrogato all'antico proprietario, chiamavasi suo successore (*successor*), entrava nel suo luogo e nel suo posto, sosteneva la sua persona (*personam ejus sustinebat*), vale a dire la toglieva sopra di se, e la continuava.

Le successioni per universalità aveano luogo non solamente pei morti, ma eziandio in parecchi casi pei vivi, i quali potevano vedere essi medesimi il loro patrimonio, e la loro persona giuridica passare in massa sul capo di un successore.

Le Instituzioni trattano da prima delle successioni universali degl' individui morti, cioè delle differenti eredità e de' diversi generi di acquisto che ne dipendono.

In quanto alle successioni universali de' vivi, esse furono quasi tutte abolite da Giustiniano; nondimeno le Instituzioni vi consacrano alcuni brevissimi titoli.

Delle eredità.

Per restituire a questa materia il tipo romano che le appartiene, è mestieri considerarla in tutto il rigore del dritto primitivo.

Se muore un figliuolo di famiglia, o una persona *alieni juris* si avrà solamente un individuo, un corpo umano che perisce. La sua persona confondevasi in quella del capo, le cose sacre della famiglia (*sacra familiae*, *sacra gentis*); le cose profane: dominio, obbligazioni, azioni, tutto risedeva nella persona del capo; la morte dunque del figliuolo non lascerà alcun vôto, la persona non subirà alcun'alterazione, e però non si darà luogo a surrogazione o successione veruna.

Ma se muore un capo di famiglia, che avverrà della persona che, era in lui delle cose sacre e delle profane, del dominio, obbligazioni, azioni, che in quella persona risedevano? La sua morte ha lasciato un posto vacante, ha fatto un vôto nell'associazione: questo vôto sarà riempiuto, questo posto vacante sarà occupato, questa persona sarà raccolta, e continuata da un'altra.

Così l'individuo muore ma la persona giuridica è immortale. Come l'anima che si sprigiona del corpo per andare, secondo alcuni filosofi, ad animare altri esseri, similmente nell'ordine legislativo romano la persona giuridica si parte con l'ultimo respiro del morente per andarsi a posare su di altri individui. Creazione del dritto civile com' essa è non può perir di morte materiale, ma per sole cagioni giudiriche può venir meno ed estinguersi.

Ma questa sostituzione che si fa di un cittadino ad un altro che è defunto, l'indicazione di colui che deve per tal modo dopo la morte di un capo di famiglia prendere il suo posto, e continuare giuridicamente la sua persona per le cose sacre, e per le profane, non sono nella primitiva costituzione de' Romani, faccenda di dritto privato ma sono atti che appartengono eminentemente all'ordine religioso ed all'ordine pubblico. La gerarchia di questa sostituzione è stabilita: la sua regola, la sua legge generale è l'organizzazione di quell'aggregazione politica, che addomandasi famiglia; non famiglia naturale, ma civile. Se si vuol rompere questa gerarchia delle aggregazioni civili, o uscirne, vi è uopo d'una legge particolare. Il popolo convocato nell'ordine primitivo ed aristoratico, per curie, in que' comizi curiati

(*calata comitia*) tenuti per gli atti più importanti del culto religioso pel collegio de' pontefici, per l'inaugurazione del re, o de' Flamini, per la *detestatio sacrorum* (1), il popolo stesso decide, consente che il tal cittadino alla morte del tal altro lo surrogherà, e continuerà la sua persona nell'associazione (2). Sicchè il testamento è una vera legge.

Ma rimontiamo ai tempi primitivi. Quivi il popolo non è che un nome illusorio, l'associazione aristoratica e patrizia è tutto: da essa dipendono i comizi curiati e le cose sacre, essa si dee mantenere e perpetuare intatta nelle sue diverse aggregazioni a grado di tutta la corporazione. I plebei non son nulla o tanto poca cosa da non poter comunemente aspirare a forme religiose e pubbliche così alte; ad essi dee bastare la legge comune se non in dritto al meno in fatto, perciocchè i testamenti dipendono dalla decisione delle curie.

Quindi un modo fittizio, ed indiretto viene in loro soccorso: non si farà il testamento nelle curie, ma si venderà il loro patrimonio per la mancipazione (*familia pecuniaque*, dice la formola) (3); ed il compratore di questo patrimonio (*familiae emptor*), se non è un erede, almeno ne terrà il luogo (*heredis locum obtinebat*) (4). Ecco il testamento *per mancipationem*, *per aes et libram*; testamento finto, fatto per eludere la necessità d' intervenire ne' comizi, e che ha dovuto esser tutto plebeo nelle sua origine. Dipoi allorchè i plebei ebbero ottenuta quella transazione politica, per la quale ebbero si lungamente a contrastare, cioè una legge uniforme e generale, scritta e conosciuta da tutti, la legge delle Dodici Tavole, vi fu scolpita, come una conquista, come un dritto acquistato a tutt' i cittadini la seguente disposizione: « *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei*

(1) Aulo Gellio 15. 27. Ved. qui appresso § 1. p. 260. — (2) Ecco donde viene la regola che il testamento debba esser fatto *uno contextu*; perciocchè se i comizi erano interrotti tutto ciò che si era cominciato era nullo; bisognava ricominciar da capo. Ecco donde viene quella che richiede che l'erede designato esista ed abbia i dritti di cittadinanza al momento in cui si fa il testamento; bisogna bene ch' egli esista e che abbia i dritti di cittadinanza, perchè i Comizi possano accettarlo; ma poco importa quale sia la sua età o il sesso; perciocchè non è necessaria la sua presenza ne' comizi. La prima di queste regole è passata nel nostro dritto; la seconda non vi è ammessa. Ecco da ultimo ciò che spiega le particolarità più rilevanti del dritto romano sulle successioni. — (3) Ved. intorno a ciò qui sopra p. 13 e le parole della formola qui appresso p. 262 in nota. — (4) Gai. 2. § 103.

ita jus esto; » parole interpetrate nel loro più ampio senso *legare*, *legem dicere*, *legem condere*, fare la legge della sua eredità (1). Onde seguì che le curie non dovettero più intervenir ne' testamenti per decidere legislativamente, con la facoltà di acconsentirvi, o di rigettarli, ma solamente per riceverli, e certificarli (*teste populo*, dice la parafrasi di Teofilo) (2). Ma d' altra parte il testamento indiretto per *aes et libram* rimase in voga e come più comodo, più frequentemente veniva adoperato, ma ricevè nella sua formola la menzione che il cittadino o plebeo, o patrizio che fosse vi esercitava un dritto garentito dalla pubblica legge: « *Quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam* » (3).

Pertanto l'esercizio di questo dritto fu sempre prezioso pe' Romani; perciocchè era la conquisita della plebe, per la quale era uscita dalla sua posizione inferiore, ed erasi in questo agguagliata ai patrizi; il cittadino dovè recarsi ad onore di usare di questo potere pubblico, di essere il legislatore della sua eredità (*legem testamenti condere*), e ne' costumi de' Romani morire intestato si avea come sventura, ed onta alla memoria, tanto più che non si potea nulla imporre agli eredi della legge generale, a colui che alcuno non si avea egli medesimo trascelto ad erede; niuna obbligazione, niuna disposizione si poteva ingiugner a costui per quanto si fosse minima.

Da questa considerazione generale della storia possiamo ora far passaggio ai particolari del dritto.

(1) « *Verbis legis XII. Tabularum his: Uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi* ». Dig. 50. 16. 120. f. Pomp. — Ulp. Reg. 24. 1. « *Legatum est quod legis modo id est imperative testamento relinquitur.* » — Quest' espressione *condere testamentum*, come si dice *condere legem*. — (2) Teofilo § 1. e seguente. — Così io credo dover risolvere la quistione ancora tanto dibattuta tra coloro i quali pensano che le curie decidevano legislativamente sui testamenti, e quelli che pensano ch' esse altro non facevano che prestar testimonianza. Io distinguo le epoche, e questa distinzione mi pare ammessibile; a meno che non si dica che nella legge delle XII. Tavole *legare* non dinoti che la legge imposta al successore: per modo che la scelta di questo successore, di colui che dee continuar la persona, dipenda sempre dalla decisione de' comizi, e la volontà del testatore faccia legge per tutte le altre disposizioni; nella stessa guisa che nel testamento *per aes et libram* la mancipazione costituisce il *familiae emptor*, e la *nuncupatio* dichiara la legge che il testatore impone a questo compratore. Ved. Gai. 2. § 244. — Ulp. 24. 1. — (3) Gai. 2. § 104. V. la formola quì appresso p. 262 in nota.

La parola *eredità* si prende in due sensi: essa significa o la successione, il fatto di succedere all'universalità de' beni e de' dritti di un cittadino defunto (1), o questa universalità medesima (2). L'eredità in quest' ultimo senso comprende il patrimonio del defunto considerato nel suo insieme, tranne solamente le cose, che han dovuto estinguersi per la morte, e qualunque esso sia o che consista in oggetti corporali, o in azioni, o che sia solvibile, o insolvibile o che sia lucrativo, od oneroso.

Nell' antico linguaggio del dritto l' eredità l' insieme del patrimonio chiamavasi *familia*, e di qui venne per colui che la raccoglieva la parola *heres* erede, derivata da *herus* padrone della famiglia (3); e più tardi quella di *hereditas*, che non erasi per ancora usata nella legge delle XII. Tavole.

In fino a che alcuno non avea ancor raccolto, o acquistato l' eredità, essa per se medesima sosteneva e continuava la persona del defunto (4): formava una spezie di persona legale (5), considerata come proprietaria delle cose ereditarie (6). Per questo modo i Romani riempivano la lacuna tra la morte del proprietario, e l' acquisto che un altro faceva della sua eredità. La persona giuridica separata per la morte dell' individuo posavasi sul patrimonio, infino a che vi fosse un erede nel quale potesse passare.

L' eredità deferivasi per testamento, o per la legge. Nel primo luogo stava l'eredità testamentaria: la disposizione la dichiarazione del cittadino intorno alla sua eredità; « *Uti legassit super pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto*, » dicevano le XII. Tavole. In secondo luogo, ed in difetto di ogni disposizione testamentaria, la legge decemvirale regolava essa medesima l'eredità: *si intestato moritur*....,

(1) « *Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit* ». (D. 50. 16. f. Gai.) — (2) « *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac jus successionis, et non singulares res demonstrat.* » (D. 50. 16. 208. § 7. f. Afric.) — (3) « *Veteres enim heredes pro dominis appellabant.* » (Inst. 2. 19. § 7). — (4) « *Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet* ». (D. 41. 1. 34. pr. f. Ulp.)—Questo principio è eziandio nelle Instituzioni, lib. 3. tit. 17. pr. — (5) « *Hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria et societas* ». (D. 46. 1. 32. Florent). — (6) « *Creditum est hereditatem dominum esse, defuncti locum obtinere* ». (D. 28. 5. 31. § 1. f. Gai.) — *Domini loco habetur hereditas* ». (D. 11. 1. 15. pr. f. Pomp.).

etc.; e siccome abbiam detto, morire intestato era una sventura, o anche un disonore.

Queste due spezie di eredità si escludevano siffattamente a vicenda che infino a tanto che vi potea essere speranza di eredità testamentaria, l'eredità non poteva esser deferita ab intestato; esse mai non potevano incontrarsi insieme nella medesima successione, risguardavansi come due cose inconciliabili l'esser *testato*, ed *intestato* (1). In fatti o si applica la legge comune, o la particolare, ma l'una distrugge l'altra. Onde seguono per consequenza questi due principi: 1.° Se ha luogo la legge comune, cioè l'eredità *ab intestato*, il defunto non può nulla ingiungere a coloro che non sono eredi per alcun atto della sua volontà; non può nulla disporre; 2.° Se ha luogo la legge particolare cioè il testamento, essa dee abbracciar tutta l'eredità, niente ne può rimaner fuori; se il defunto ha testato solamente per una parte, le disposizioni testamentarie valide saranno estese a tutta quanta l'eredità (2).

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est.

TITOLO X.

DELL' ORDINARE I TESTAMENTI.

Il testamento è così chiamato, perciocchè esso è attestazion della mente o volontà.

Quest' etimologia della parola *testamentum* (*testatio mentis*) può esser riguardata come futile, ed immaginata dopo l'invenzione della parola. Essa ha potuto parer indicata da quella definizione di Ulpiano: « *Testamentum est mentis nostrae justa contestatio*, *in id solemniter facta*, *ut post mortem nostram valeat* » (3); definizione la quale è conforme a quell'altra data nel Digesto da Modestino.: « *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vult* » (4). Nondimeno noi vedremo che

(1) Cicer. *De inventione* 11. 21. — « *Jus nostrum non patitur eumdem in paganis et testato, et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus, et intestatus* ». (D. 50. 17. 7. f. Pomp.) — (2) « *Neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest* ». (Inst. 2. 14. § 5). — (3) Ulp. Reg. 20. § 1. — (4) D. 28. 1. 1.

dopo l' istituzion de' codicilli è venuto a mancar qualche cosa a cosiffatte definizioni.

I. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace, et otio utebantur, quod *calatis comitiis* appellabatur; altero cum in praelium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur *per aes et libram*: scilicet quod per mancipationem, id est imaginariam quamdam venditionem agebatur quinque testibus, et libripende civibus romanis, puberibus, praesentibus, et eo qui familiae emptor dicebatur. Sed illa quidem (priora) duo genera testamentorum ex veteribus temporibus *in desuetudinem abierunt*. Quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen *partim et hoc in usu esse desiit*.

1. Ma acciocchè non resti addietro cosa alcuna degli antichi che non sia conosciuta, si dee sapere che già erano in uso solamente due forme di testamenti, de' quali l' uno s'usava in tempo di pace, e chiamavasi *ne' calati comizi*, l'altro in tempo di guerra, ed era nominato procinto. S' aggiunse poi la terza sorta di testamenti che si diceva *per aes et libram* quello cioè che si faceva per via di mancipazione ossia per una certa vendita fittizia in presenza di cinque testimoni, e del pesatore tutti cittadini romani, puberi, e presenti, e vi era eziandio colui ch' era detto il comprator della famiglia. Ma queste due prime sorte di testamenti sono andate in dissuetudine da gran tempo, e quello che si faceva *per aes et libram* quantunque durasse più lungamente, nondimeno *cominciò a disusarsi in parte*.

Sicchè gli antichi Romani ebbero due sorte di testamenti, che facevano, come dice Gaio, l'uno in pace e tranquillità, l' altro in sul punto di andare a combattere, ed a queste vennesi più tardi ad aggiugnere una terza specie. I commentari di Gaio, le Regole di Ulpiano, gli scrittori romani, e la parafrasi di Teofilo ci danno su queste tre spezie di testamenti alcuni particolari storici che non è inutile narrare.

Calatis comitiis. Queste espressioni, propriamente parlando, significano ne' comizi convocati (*calare est vocare* dal greco καλεῖν) (1). I comizi calati erano delle assemblee speziali del popolo che si convocavano, quando faceva mestieri, per la spedizione di taluni affari religiosi; ed inoltre in certe epoche periodiche per la formazione de' testamenti. Questo è ciò che insegna Aulo Gellio fondandosi sull' autorità di Labeone: « *Calata comitia* . . .

(1) Parafr. di Teofilo: sotto questo paragrafo egli descrive minutamente il modo di tale convocazione.

quae pro collegio pontificum habentur , aut regis , aut flaminum inaugurandorum causa . . . Iisdem comitiis , quae calata appellari diximus sacrorum detestatio , et testamenta fieri solebant » (1). La convocazione di questi comizi pe' testamenti avea luogo due volte l' anno : la qual particolarità ci era rivelata dal solo Teofilo , ma oggidì trovasi eziandio confermata da Gaio (2). Nel giorno di questa convocazione , i cittadini che voleano far testamento , lo facevano in questi comizi sotto l' autorità ed alla presenza del popolo (*teste populo*). Tal' era il testamento *calatis comitiis* : la sua forma primitiva e solenne attesta il carattere legislativo , la potestà della legge , che il dritto originario de' Romani richiedeva per sanzionare la volontà del cittadino sulla sua eredità.

Procinctum. Gaio ci dà la vera significazione della parola *procinctus* : essa significava esercito messo in punto e sotto le armi : « *Procinctus est enim expeditus , et armatus exercitus* » (3). Pel cittadino chiamato alle armi , e presso ad entrare in campagna non si poteva presentar l' occasione de' *comizi calati* , e nondimeno la guerra rendeagli la morte ogni dì imminente. Innanzi ch' ei partisse (*cum belli causa ad pugnam ibant; in proelium exituri*), in presenza dell'esercito apparecchiato e messo in armi (*in procinctu*), dopo l' adempimento delle cerimonie religiose , di cui parla Cicerone (4) , ogni soldato cittadino poteva fare il suo testamento. Questo praticavasi eziandio durante la campagna , al momento d' una battaglia , o d' una spedizione pericolosa. In questo modo Velleio Patercolo ci narra come all' attacco di Contrebia in Ispagna cinque coorti legionarie fecero il loro testamento *in procinctu* innanzi che movessero ad attaccare una posizione erta e difficile , della quale erano stati cacciati , e che il console comandava che andassero a ripigliare (5). Di tal maniera era il testamento *in procinctu*. Esso era come una derivazione del testamento *calatis comitiis*. Pel soldato romano l'esercito messo in punto ed in armi era i *calata comitia*; dove era l' esercito sotto le armi , quivi erano i suoi comizi convoca-

(1) Aul. Gell. 15. 27. — (2) « *Quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant* ». (Gai 2. § 101). — (3) G. 2. §. 101. — (4) Cicer. *De natura deor.* 2. 3. — (5) « *Facientibusque omnibus in procinctu testamenta velut ad certam mortem eundum foret* ». (Vell. Paterc. 2. 5).

ti. Come il primo testamento chiamavasi testamento innanzi ai comizi convocati (*calatis comitiis*), così parimente il secondo addomandavasi testamento innanzi all' esercito in arme (*in procinctu*). Quando le Instituzioni, e dopo di esse Teofilo chiamano lo stesso testamento *testamentum procinctum* questa denominazione è bizzarra e corrotta, e non è nè di Gaio nè di Ulpiano, nè degli altri autori romani. Pare per altro che in luogo della primitiva necessità di fare la dichiarazione innanzi all' esercito apparecchiato e messo in armi, come in comizi militari, s' introdusse col tempo il dritto di farla solamente innanzi ad un certo numero di compagni d' arme che facevano da testimoni, il che diede poi origine alle forme ben più semplici e privilegiate de' testamenti militari.

Per aes, et libram. Le due antiche forme di testare presentavano numerosi inconvenienti; e per non dire della difficoltà pe' plebei di aspirare anticamente ad un testamento *calatis comitiis*, questo testamento non poteva esser fatto che in Roma, e solamente due volte l' anno, al tempo della convocazione; l'altro poi solo in tempo di guerra e sotto le armi; e pure si poteva soggiacere ad un repentino ed impreveduto pericolo di morte, e morire intestato per non essersi trovato nel primo, o nel secondo caso. Quì, come in tutta la legislazione, le sottili invenzioni, e le ingegnose finzioni vennero in soccorso della difficoltà. Non si abrogò ma si eluse il dritto primitivo; non si testò in altra maniera, ma si vendè la propria eredità. La vera eredità, cioè realmente aperta, per la morte di un cittadino, e deferita ad un erede, era come cosa incorporale *res nec mancipi* (1); ma il patrimonio, la famiglia del cittadino (*familia pecuniaque*), considerata vivente lui, e nella disposizione che egli medesimo ne faceva, fu riguardata come cosa *mancipi* (V. quì sopra p. 14): e però si trasmetteva per via di mancipazione a colui che si voleva scegliere per successore, con tutte le formalità ordinarie di quest' atto, come noi le abbiamo esposte p. 9 e 20: coi cinque testimoni cittadini, il porta-bilance (*libripens*), un pezzo di metallo che rappresentava il prezzo, la bilancia (*aes et libra*), e le parole sacramentali appropriate al ca-

(1) Gai. 2. §§ 17. e 34.

so (1). La mancipazione così adoperata offriva una maniera indiretta e solenne di far testamento in ogni occasione. Il compratore dell'eredità (*familiae emptor*) teneva luogo d'un erede (*heredis locum obtinebat*), e come tale il testatore gl'imponeva, confidava, o commetteva per mandato tutte le disposizioni che voleva si eseguissero dopo la sua morte (*et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*). Tale era il testamento *per aes et libram*.

In desuetudinem abierunt. Al tempo di Gaio e d'Ulpiano sotto Antonino il Pio, e sotto Caracalla le due prime forme di testamento erano già da gran pezza cadute in dissuetudine, e questi giureconsulti ne parlano come di antiche istituzioni. Il testamento *per aes et libram* le avea interamente surrogate, ma esso medesimo avea subito importanti modificazioni. *Sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat*, dice Gaio. In fatti essendo la mancipazione un atto di alienazione irrevocabile, ed il futuro erede, che avea ricevuto il patrimonio in mancipazione, trovandosi compratore del patrimonio (*familiae emptor*), ne risultava che il testatore, tuttochè restasse padrone de' suoi beni durante la sua vita, pure rimaneva impegnato nella scelta del suo erede; il *familiae emptor* avea, secondo i principi rigorosi, un dritto certo di eredità (2). Ma si trovò anche il modo di eludere il rigore di questi principi. Il *familiae emptor* non fu più che un terzo estraneo all'istituzione testamentaria, una spezie di figurante, che interveniva come il porta-bilance per pura formalità, per l'osservanza, in apparenza, dell'antico dritto: « *Alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur* », e l'erede fu istituito in iscritto. Allora il testamento per *aes et libram* si compose, come insegna Ulpiano, di due formalità ben distinte: la prima la mancipazione dell'eredità (*familiae mancipatio*), e la seconda la *nuncupazione* del testamento (*testamenti nuncupatio*). La mancipazione dell'eredità continuò a farsi,

(1) « FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATAM TUTELAM CUSTODELAMQUE MEAM (RECIPIO, EAQUE) QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM HOC AERE, *et ut quidam adjiciunt*, AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; *deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, veluti pretii loco* ». (Gai. 2. § 104). — (2) Questo è ciò che dice Teofilo nella parafrasi di questo paragrafo.

come pel dritto antico, nella forma che abbiam narrata, ma per pura forma, e fu tale mancipazione interamente immaginaria (*imaginaria mancipatio*). Dopo di che il testatore tenendo nelle sue mani le tavolette del testamento, diceva: *Haec uti in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque, vos quirites, testimonium mihi perhibetote.* » E questo dicevasi *nuncupatio*, e *testatio*.

In fatti dice Gaio: *nuncupare est palam nominare*, è nominare ad alta voce, il testatore per queste solenni parole si reputava, nominare e confermare ad alta voce ciascuna cosa che si trovava spezialmente scritta sulle tavolette (1).

Partim et hoc in usu esse desiit. Queste parole fanno allusione alla *mancipatio familiae* che era divenuta di pura forma nel testamento *per aes et libram*.

II. Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur; postea ex edicto praetoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non essent necessaria.

2. E cotali predetti nomi di testamenti si riferivano alla ragion civile, ma poi per editto del pretore fu introdotta un'altra forma di far testamento. Perchè per dritto onorario non si ricercava che vi fosse alcuna mancipazione, ma bastavano solamente i suggelli di sette testimoni, la qual formalità non era necessaria per dritto civile.

Il dritto civile erasi per la forma de' testamenti fermato ai temperamenti, che quì sopra abbiam narrati; ma il dritto pretorio andò più innanzi. Accomodandosi alle usanze introdotte, e ad una semplicità di forme più utili, non avea più messo importanza alla *familiae mancipatio*, nè anche alla *nuncupatio testamenti*. Il *libripens* ed il *familiae emptor* furono privati della loro parte simbolica che rappresentavano, ed essendo ridotti alla condizione di semplici testimoni, il numero de' testimoni si trovò così aumentato a sette. Ma l'editto del pretore avea ricercato una nuova formalità: erasi introdotta l'usanza di sigillare (*signare*) le tavolette del testamento, per modo che fosse impossibile di leggerle, o alterarle senza rompere i suggelli;

(1) Ved. su questi particolari Gaio 2. § 104. — Ulp. Reg. 20. §§ 2 e 9. — Theoph. hic.

il pretore ne fece una rigorosa formalità, richiedendo che i sette testimoni apponessero ciascuno il suo sigillo (*signaculum, annulum*). Tal era il testamento onorario. Se eransi seguite le formalità del dritto, il testamento era valido secondo il dritto civile; se eransi seguite quelle dell' editto, era valido secondo il dritto pretorio. In questo caso non dava l' eredità civile, ma la *possessione de' beni*. Siffatte disposizioni dell' editto erano già in pieno vigore al tempo di Gaio, e d' Ulpiano: « *Etiam si jure civili non valeat testamentum*, dice quest' ultimo giureconsulto, *forte quod familiae mancipatio, vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum fuit, non minus quam septem testium civium romanorum signis, bonorum possessio datur* » (1).

III. Sed cum paulatim tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus, coepit in unam consonantiam jus civile, et praetorium jungi, constitutum est ut uno, eodemque tempore (quod jus civile quodammodo exigebat) septem testibus adhibitis, et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur. Ita ut hoc *jus tripertitum* esse videatur, et testes quidem, et eorum praesentia *uno contextu testamenti celebrandi gratia* a jure civili descendant; subscriptiones autem testatoris, et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur; signacula autem, et *testium numerus* ex edicto praetoris.

3. Ma poi che la ragion pretoria cominciò a poco a poco ad accordarsi co'la ragion civile tanto per l' uso degli uomini, quanto per le emendazioni delle costituzioni, fu ordinato che i testamenti si facessero in un solo, e medesimo spazio di tempo con la presenza di sette testimoni (la qual cosa il dritto civile a un certo modo richiedeva), con la sottoscrizione de' testimoni, il che fu ritrovato dalle costituzioni, e i sigilli imposti per editto del pretore. Per tal modo si vede esser questo dritto derivato da tre fonti, cioè i testimoni e la loro presenza, *in un solo contesto per cagion di fare il testamento* discendono dal dritto civile, le sottoscrizioni del testatore, e de' testimoni si hanno per l' osservanza delle sacre costituzioni, ed i sigilli, col *numero de' testimoni* ci sono per editto del pretore.

Dalla fusione del dritto civile col pretorio, e con le nuove disposizioni delle imperiali costituzioni ebbe origine l'ultima forma del testamento, in vigore sotto Giustiniano, e per la legislazione di questo principe confermata. Il testatore presenta a sette testimoni il suo testamento scritto da lui medesimo, o da un

(2) Gai. 2. §§ 119, e 147. — Ulp. Reg. 18. 5.

altro anticipatamente, o in loro presenza; se il testamento è scritto da un altro, egli vi appone innanzi ad essi la sua sottoscrizione cioè la sua firma, il suo nome (questa formalità non è necessaria, se si ha dal testamento che la scrittura è tutta di sua mano); di poi ciascun testimone alla sua volta vi appone la sua sottoscrizione (*subscriptionem*), e dopo chiuso il testamento, il suo sigillo (*signaculum*, *annulum*).

Se il testatore vuol fare un testamento segreto, di cui alcuno non debba conoscere le disposizioni, egli lo presenta suggellato, legato, o solamente chiuso, avvolto fin dove finisce la scrittura, dichiarando che quello è il suo testamento; sulla parte non ravvolta che è rimasta aperta (*reliqua parte*) appone la sua sottoscrizione, e se non sappia, o non possa scrivere, vi si supplisce con un ottavo testimone che sottoscrive in sua vece; i testimoni vi appongono anch'essi la loro sottoscrizione, e di poi chiuso interamente il testamento, vi pongono il loro suggello (1).

Il tempo in cui questa nuova forma fu sostituita alle due precedenti fu sotto il regno di Valentiniano III. in Oriente, e di Teodosio II. suo collega in Occidente. Tuttavia la sostituzione non fu compiuta nelle parti occidentali dell'impero, perciocchè i lavori storici del Savigny han dimostrato che l'uso del testamento civile per *aes et libram*, e del testamento pretorio si mantenne in occidente, e che nel medio evo ancora si osservava.

Jus tripertitum. Il testo sufficientemente dimostra come ed in che le forme di questo testamento provenivano dal dritto civile, dal dritto pretorio, e dalle costituzioni. Di quì i comentatori hanno immaginato pel testamento medesimo il nome di *testamentum tripertitum.*

Uno contextu. La solennità del testamento, cioè le diverse formalità, di cui esso si compone, debbono esser adempite in un solo contesto senza potersi interrompere per l'interposizione di alcun atto estraneo, salvo la necessità di soddisfare a' bisogni richiesti dallo

(1) V. nel C. la costituzione di Teodosio e di Valentiniano 6. 23. 21. — Quest'ultima forma di testare si è perpetuata quasi senz'alterarsi fino nel nostro codice sotto il nome di testamento *mistico*: articolo 976 e seg. del codice civile (a).

(a) Artic. 902 delle nostre leggi civili.

stato di salute del testatore (1): « *Est autem uno contextu*, dice Ulpiano, *nullum actum alienum testamento intermiscere* » (2). I testamenti *calatis comitiis*, e per *aes et libram* ci mostrano entrambi l'origine di questa regola;se i comizi sono interrotti, tutto si dee ricominciar da capo;parimente l'atto civile della mancipazione non ammette alcuna interruzione (p. 257 nota 2). Del resto l'operazione di scrivere, o di dettare il testamento non va compresa nella solennità, la quale non comincia che dalla presentazione dell' atto a' testimoni.

Testamenti celebrandi gratia. Questo fa allusione ad un altra condizione del dritto civile, cioè che i testimoni debbono esser insieme adunati specialmente pel testamento (*specialiter rogati*); perchè i comizi erano specialmente convocati (*calatis comitiis*). Il che nel dritto più recente debb' intendersi, dice Ulpiano, in questo senso che se siano stati adunati per un altro affare, ma prima di cominciare la solennità si prevengano,che debbono servir da testimoni al testamento, ciò basta (3).

Testium numerus. Provenendo dal dritto civile la necessità della presenza de' testimoni, il loro numero era di cinque in conformità di questo dritto; ma avendo l' editto del pretore ridotto il *libripens*, ed il *familiae emptor* alla semplice parte di testimoni per la soppressione della mancipazione, si può dire che il numero de' testimoni, che allora fu di sette, proveniva dall' editto.

IV. Sed his omnibus ex nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

4. Ma a tutte le sopradette cose, acciocchè i testamenti sieno sinceri e non vi s'usi frode alcuna, si è per nostra costituzione aggiunto che il nome dell'erede sia scritto per mano del testatore, o de' testimoni, e che ogni altra cosa proceda secondo il tenore di quella costituzione.

La necessità di questa formalità aggiunta, imposta da una costituzione di Giustiniano (Cod. 6. 23. 28) fu di poi soppressa per una novella del medesimo imperatore (Nov. 119. 9.).

(1) La costituzione di Giustiniano Cod. 6. 23. 28. ne dà una minut'ssima enumerazione. — (2) D. 28. 1. 21. § 3 Ulp.— (3) D. 28. 1. 21. § 3. f. Ulp.

V. Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed alieno quoque annulo licet signare testamentum.

5. Tutti i testimoni possono segnare il testamento con un solo anello. In fatti che vi sarebbe a dire, secondo che Papiniano ha fatto osservare, se fossero i sette anelli tutti scolpiti d'un segno medesimo? È parimente lecito segnar il testamento con l'anello d'altri.

Il sigillo trovavasi scolpito sull'anello che portavano ordinariamente i cittadini romani; ma sarebbesi potuto validamente segnare con tutt'altra impronta che con quella di un anello? Si certamente, risponde Ulpiano, purchè vi sia scolpito qualche segno, o figura distintiva (1). Quest' apposizione di un sigillo per ciascun testimonio potrebbe parer illusoria, essendo permesso di adoperare non solamente l'anello altrui, ma ancora lo stesso anello per tutti. Ma si vuol sapere che ciascun testimone allato all'impronta che avea fatta, scriveva di sua propria mano da chi, e sul testamento di chi questo sigillo erasi apposto. Questa era un'usanza generalmente seguita, e che i giureconsulti raccomandavano di osservare, molto tempo innanzi che le imperiali costituzioni avessero richiesta la sottoscrizione de' testimoni (2). Per altro non è da confondersi quest' annotazione posta a lato del sigillo con la sottoscrizione richiesta dalle costituzioni; questa sottoscrizione, come la stessa parola dinota, era interna, sotto l'involto (*subscriptio*), nel corpo medesimo dell'atto, ma l'altra era esteriore sull'involto (*superscriptio*).

VI. Testes autem adhiberi possunt ii, *cum quibus testamenti factio est*. Sed neque *mulier*, neque *impubes*, neque *servus*, neque *furiosus*, neque *mutus*, neque *surdus* nec *cui bonis interdictum est*, neque is quem leges jubent *improbum*, *intestabilemque* esse possunt in numero testium adhiberi.

6. Possono esser chiamati a testimoni coloro, *i quali hanno la fazione del testamento*. Ma non possono esser chiamati nel numero de' testimoni nè *la donna*, nè *l'impubere*, nè *lo schiavo*, nè *il pazzo*, nè *il muto*, nè *il sordo*, nè *i prodighi interdetti*, nè quelli che la legge comanda che si abbiano per indegni, e che non possano far testamento.

(1) D. 28. 1. 21. § 5. In questo frammento bisogna ristabilire la negazione, che evidentemente vi manca. — (2) D. 28. 1. 21. § 4. f. Ulp. — 30. f. Paul.

Questo paragrafo non può spiegarsi in modo soddisfacente senza riportarsi al testamento *per aes et libram* come era rigorosamente nella sua prima forma, quando l'erede era egli stesso il *familiae emptor*.

Cum quibus testamenti factio est. Al tempo di cui parliamo, il testatore *mancipans*, l'erede *familiae emptor*, il *libripens*, ed i testimoni concorrevano tutti insieme a fare il testamento; era dunque mestieri che avessero tra loro *la fazione di testamento*, vale a dire il potere di concorrere insieme alla sua formazione. E siccome quest'atto era allora una mancipazione, così era necessario che avessero rispettivamente il dritto di partecipare alla mancipazione o come alienante, o come acquirente, o come *libripens*, o come testimoni: la condizione generale per tutti era che avessero il *commercium* (1); vi erano inoltre delle condizioni particolari per ciascuno secondo la parte che rappresentava.

Mulier. Le donne potevano acquistar per mancipazione o da se medesime, o per mezzo altrui (2); esse adunque potevano concorrere alla formazione del testamento come *familiae emptor*, ma nol potevano nè come testatore, perchè la mancipazione delle cose *mancipi* era loro vietata senza l'autorizzazione del loro tutore (3); nè come *libripens*, nè come testimoni, perche elleno non erano ammesse a prestare il loro ministero in atti pubblici, e solenni (4).

Impubes. Bisogna applicare le medesime riflessioni agl'impuberi (5), con questa differenza nondimeno, che essi non potevano man-

(1) Per esempio vediamo in Ulpiano (Reg. 19. 4.) che la mancipazione poteva aver luogo tra i Latini Giuniani, perciocchè essi avevano il *commercium* (*commercium datum est*); e però lo stesso autore dice in seguito: « *Latinus Junianus, et familiae emptor, et testis et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est* ». (Reg. 20. 8.). Ma il Latino Giuniano non eseguiva queste parti, che per l'adempimento della mancipazione. In quanto alla capacità di acquistare egli medesimo l'eredità se era stato istituito erede, egli per la legge *Junia* non l'avrebbe altrimenti avuta, che se alla morte del testatore, o nell'intervallo della crezione, fosse divenuto cittadino romano. (Ivi 22. 3). — (2) Gai. 2. 90. — (3) Ulp. Reg. 11. 27. — 20. 15. — Gai. 1. 115. — 2. §§ 112, 113, 118, 121, e 122. — (4) Elle erano nondimeno ammesse a render testimonianza in giudizio (D. 28. 1. 20. § 6. f. Ulp.). perocchè ivi si trattava di attestare de' fatti, di cui aveano notizia, e non di concorrere ad un ministero pubblico. — (5) Gai 2. §§ 83, e 87. — Ulp. Reg.

cipare la loro credità neppur con l'autorità del loro tutore (1). Del resto erano regole positive della mancipazione, che il *libripens*, ed i testimoni fossero puberi (*civibus romanis puberibus*).

Servus. I medesimi principi per gli schiavi; essi possono ricevere in mancipazione, ed esser per conseguente *familiae emptor* pel loro padrone (2), ma non già mancipare, nè esser *libripens*, o *testimoni*, *cum juris civilis communionem non habeant.*

Furiosus, mutus, surdus. Il *pazzo* non può in modo alcuno partecipare alla fazione del testamento nè come mancipante, nè come *familiae emptor*, nè come *libripens*, nè come testimone, *quoniam mentem non habet*, salvo che non sia in un lucido intervallo. Il *muto*, perchè se egli è *mancipans*, o *familiae emptor*, *verba nuncupationis* (*vel mancipationis*) *loqui non potest*, e se è *libripens* o testimone non può renderne testimonianza. Il *sordo* perchè *verba familiae emptoris* (*vel mancipantis*) *exaudire non potest.*

Cui bonis interdictum est. Il prodigo non poteva in niuna maniera concorrere ad una mancipazione, perciocchè gli era interdetto il commercio (*quoniam commercium illi interdictum est*), e per conseguenza non avea la fazione di testamento in niuna qualità (3).

Improbum, intestabilemque: questa espressione *intestabilis* comprendeva in un tempo medesimo l'incapacità di testare, e quella di concorrere alla fazione del testamento (*nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi*): come sarebbe la persona condannata per libello (*ob carmen famosum*) (4); per concussione (*repetundarum*) (5), per adulterio (*adulterii*) (6), e quegli che dalla parafrasi di Teofilo ci viene indicato, e che qui segnatamente è da notare, cioè colui che essendo concorso ad un testamento avesse ricusato di assistere alla sua apertura dopo la morte del testatore per riconoscere la sua *sottoscrizione* ed il suo sigillo.

Noi abbiamo spiegato questo paragrafo pe' principi dell' antico dritto al tempo in cui l'erede concorreva egli medesimo alla formazione del testamento, in qualità di *familiae emptor*; e per

19. 18. purchè fossero pervenuti all' età in cui potevano acquistare per mancipazione. — (1) Gai. 2. 113. — (2) Gai. 2. § 87. — (3) Ulp. Reg. 19. 4. combinata con 20. 13. e D. 28. 1. 18. — (4) D. 28. 1. 18. § 1. f. Ulp. 22. 5. 21. f. Arcad. — (5) Ivi 15. f. Paul. — (6) Ivi 14. f. Papin.

questi principi tutto chiaramente si spiega, ma è mestieri por mente ai cambiamenti che sopravvenner di poi.

Il *familiae emptor* avendo cessato di essere l'erede medesimo, il quale era istituito nelle tavolette, e per questo modo era estraneo alla mancipazione, nè risultò che alcuni cittadini i quali, secondo la prima forma, non potevano essere eredi, perchè era loro impossibile d'intervenire in una mancipazione, poterono da poi essere istituiti secondo la nuova forma: tali furono l'impubere anche *infans*, il pazzo, il muto, il sordo, l'interdetto, e fuor d'ogni dubbio, quantunque nol troviamo espresso nei frammenti de' giureconsulti, questa estensione nella facoltà d'istituire certe persone, fu una delle principali cagioni, che determinarono la modificazione del testamento *per aes et libram*. Da allora in poi l'espressione aver fazione del testamento con alcuno, applicata agli eredi non significò più, come anticamente, poter concorrere personalmente alla formazione solenne del testamento, ma prese il senso che già al tempo di Gaio e d'Ulpiano gli attribuiscono i giureconsulti, e che troviam chiaramente definito nel §. 4. del titolo 19 delle Instituzioni, qui appresso: « hanno la fazione del testamento quelli che posson ricevere per testamento da un altro, ed acquistare sia per se medesimi sia per altri, benchè non potessero eglino medesimi far testamento » (1). In questo senso lo schiavo, l'impubere, anche l'*infans*, il pazzo, il muto, il sordo, l'interdetto hanno la fazione del testamento, quantunque non possano personalmente cooperare alla formazione del testamento.

Per effetto de' medesimi cambiamenti è avvenuto eziandio che non si son più ricercate pel *familiae emptor* le condizioni richieste per colui che acquistava per la mancipazione, ma sibbene quelle di un semplice testimone; perciocchè egli, ed il *libripens* non intervengono più che per mera forma. E però dopo Gaio, il quale scriveva: » *De libripende eadem quae et de testibus, dicta esse intelligemus: nam et in testium numero est* », Ulpiano di già scriveva: « *Mutus, surdus, furiosus, pupillus, femina, neque familiae emptor, neque testis, libripensve fieri potest* » (2).

È regola generale a riguardo de' testimoni, che le condizioni

(1) Inst. 2. 19. 4. — Dig. 28. 1. 16. f. Pomp. — 28. 5. 49. § 1. f. Florent. — (2) Gai. 2. 107. — Ulp. Reg. 20. 7.

della loro capacità non debbano in loro considerarsi che al momento in che prestano il lor ministero, cioè al momento della formazione del testamento (*testamenti quidem faciendi tempore*), come dice il paragrafo che segue; poco importano i mutamenti sopravvenuti da poi: « *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore* » (1).

VII. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus, Catonio Vero, quam postea divus Severus, et Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, ac si ut oportet factum esset; cum eo tempore quo testamentum signaretur omnium consensu hic testis loco liberorum fuerit, neque quisquam esset, qui ei status quaestionem moveret.

7. Ma s' egli avviene che alcun dei testimoni che era giudicato uomo libero quando si fece il testamento, si trovi poi che era schiavo, rescrisse tanto il divino Adriano a Catonio Vero, quanto dipoi il divino Severo, ed Antonino che per loro liberalità intendevano che si sovvenisse al testamento in quel che mancava, acciocchè fosse tenuto così valido e fermo come se al principio fosse stato debitamente fatto, giacchè al momento che il testamento si sottoscrisse quel testimone per consenso di tutti fu avuto per uomo libero, e non vi fu chi gli avesse mosso questione quanto al suo stato.

VIII. Pater, nec non is qui in potestate ejus est item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt utrique testes in uno testamento fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

8. Il padre ed eziandio colui che è in sua potestà, inoltre due fratelli che siano in potestà del medesimo padre possono veramente esser testimoni, in un testamento, perciocchè non nuoce che da una casa medesima si abbiano più testimoni per un negozio che a questa casa non appartiene.

Oltre le proibizioni assolute di esser testimone, nel testamento di chicchessia vi ha delle proibizioni relative, le quali impediscono solamente che si possa far da testimone nel testamento di certe persone. La regola generale a questo riguardo è che, passandosi il testamento tra il testatore e l' erede, niuno di essi nè alcun membro della loro famiglia possono esser testimoni. Quando diciamo membro della loro famiglia, ciò non s' intende che del capo, e di quelli che si trovano insieme riuniti sotto la medesima potestà, perciocchè tra loro, secondo il dritto civile, non formano quanto alla

(1) D. 28. 1. 22. § 1. f. Ulp. — (2) Gai. 2. 106. — (3) Dig. 28. 1. 20. § 2.

proprietà che un solo e medesimo essere collettivo, e non possono per conseguenza prestarsi testimonianza tra loro medesimi (*reprobatum est domesticum testimonium*). Non si ha a questo soggetto alcun riguardo alla parentela naturale; così uscitosi una volta dalla famiglia, e dalla potestà, anche il legame di parentela che è tra fratelli, o tra padre e figliuolo, non è un impedimento ad esser testimoni nel testamento l'uno dell'altro.

Quanto a' testimoni nulla impedisce che siano tra loro membri della medesima famiglia, purchè sieno estranei al testatore, ed all'erede.

IX. In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias *de castrensi peculio post missionem* faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est; reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

9. Ma tra i testimoni non ha ad esser colui che è in potestà del testatore. Che se il figliuol di famiglia *dopo che sarà stato licenziato dal campo* farà testamento del *peculio castrense*, suo padre non è rettamente chiamato per testimonio, nè anche colui che è in potestà del medesimo padre, perciocchè in quel caso il testimonio domestico non è ammesso.

De castrensi peculio. Noi sappiamo che il figliuol di famiglia poteva far testamento sul suo peculio castrense (v. qui sopra p. 220). Siccome a riguardo della proprietà di questo peculio la famiglia non formava un solo essere collettivo, ma il figliuolo ne avea la proprietà esclusiva e separata, Ulpiano fondandosi sull'autorità di Marcello pensava che i membri della famiglia del figliuolo testatore potevano servirgli da testimoni nel testamento relativo a questo peculio. Ma Gaio per contrario, considerando il legame di potestà paterna che gli univa, avea nei suoi comentari contrariamente deciso (1). Questa decisione appunto noi vediamo qui ritenuta nelle Instituzioni, mentre che quella di Marcello, e d'Ulpiano è stata inserita nel Digesto (2).

Post missionem. Perciocchè se il figliuolo faceva il suo testamento essendo ancora al campo, egli godeva del privilegio de' testamenti militari, e non era soggetto alle regole ordinarie del dirit-

(1) Gai. 2. 106. — (2) Dig. 28. 1. 20. § 2.

to civile nè pel numero nè per le incapacità de' testimoni, nè per le altre forme.

X. Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus, qui habet eum in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt; quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, *creditur hodie inter testatorem et heredem agi.* Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres quidem familiae emptorem et eos qui in potestate coadunati fuerant a testamentariis testimoniis repellebant, heredi, et iis qui conjuncti ei per potestatem fuerant concedebant testimonia in testamentis praestare; licet ii qui id permittebant hoc jure minime abuti eos debere *suadebant*, tamen nos eamdem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes ad imitationem pristini familiae emptoris merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiae emptoris obtinet, nec aliis personis, quae ei, ut dictum est, conjunctae sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

10. Non possono anco esser chiamati per testimoni nè l' erede scritto, nè colui ch'è in sua potestà, nè suo padre che lo ha sotto il potere paterno, nè i fratelli, che sono in potestà del medesimo padre; percioccbè il testamento *si considera oggi come un atto che si fa interamente tra il testatore, e l'erede.* E benchè tutto questo dritto fosse confuso, e gli antichi rifiutassero per testimoni testamentari il compratore della famiglia, e coloro che gli erano per potestà congiunti, e concedessero poi all'erede, ed a tutti coloro che gli erano per potestà congiunti di poter esser testimoni nel testamento, consigliando però di non abusare di tal facoltà, noi nondimeno correggendo cotale osservanza, e riducendo a necessità di legge quello che era da loro consigliato, ad imitazione del pristino comprator della famiglia non concediamo licenza, e meritamente, nè all'erede che assomiglia l'antichissimo comprator della famiglia, nè a quelle persone che gli sono, come si è detto, congiunte, ch' elle sieno quasi come testimoni a loro medesime. E però non abbiamo voluto che così fatte costituzioni antiche fossero messe nel nostro Codice.

Creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Al tempo del testamento *per aes et libram* l' atto si passava tra il testatore ed il compratore della famiglia; e però su costoro, ed i membri della loro famiglia cadevano le incapacità di esser testimoni; or come negli antichi tempi il *familiae emptor* era l' erede medesimo, l' atto si passava, con lui e però nè egli, nè alcuno de'suoi poteva esser testimone. Ma quando si adoperò un terzo per compratore della famiglia, l' erede divenne estraneo alla formazione dell' atto, quindi ed egli, ed i membri della sua famiglia poterono esser testimoni.

Siffatta testimonianza era rigorosamente conforme al dritto civile,

nondimeno i giureconsulti consigliavano come cosa convenevole, di astenersene. Sotto la nuova forma di far testamento introdotta dalle costituzioni non si tratta più di *familiae emptor*, l'atto si riguarda come passato tra il testatore, e l'erede; la testimonianza adunque di costui, e dei suoi è necessariamente rifiutata.

Suadebant. Tali sono i consigli che da Gaio nè suoi commentari, lib. 2. §. 108.

XI. Legatariis autem et fideicommissariis *quia non juris successores sunt*, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus, imo *in quadam nostra constitutione* et hoc specialiter concessimus, et multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.

11. Ma a' legatari, ed a' fedecommessari, *perchè non son successori di dritto*, e ad altre persone a loro congiunte non neghiamo di poter esser testimoni, anzi *in una certa nostra costituzione* fu loro ciò spezialmente permesso, e tanto più diamo così fatta licenza a coloro che sono in lor potestà, o che hanno loro in potestà.

Quia non juris successores sunt. I legatari, ed i fedecommessari hanno senza dubbio un interesse particolare alle disposizioni del testamento, ma quest' interesse non era paruto sufficiente per far rifiutare la loro testimonianza. Quando il testamento era considerato come una mancipazione eseguita tra il mancipante, ed il compratore della famiglia, non poteva cadere in pensiero di escluderli dal far da testimoni; essendochè eglino erano al tutto estranei all' atto; neppure era loro consigliato di astenersi per ragion di convenienza. Dopo il testamento introdotto dalle costituzioni imperiali, questo dritto si mantenne per la forte ragione, ch' essi non sono successori al dritto del testatore, che non è loro trasmessa l'eredità, e che per conseguenza il testamento non può esser considerato come passato tra il testatore, e loro.

Quadam nostra constitutione. Essa non ci è pervenuta; ne troviamo una nel codice, ma è di Zenone (1).

XII. Nihil autem interest testamentum in tabulis, aut in charta, membranave, vel in alia materia fiat.

12. Non importa nulla che il testamento si scriva o in tavole, o in carta, o in pergamena, o in qualunque altra materia.

XIII. Sed unum *testamentum pluri-*

13. E può alcuno far *un solo testa-*

(1) Cod. 6. 23. 22.

bus perficere codicibus quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; veluti si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas quae humanis necessitatibus imminent.

mento in più originali, osservando però in ciascuno le debite forme, la qual cosa è talor necessaria a farsi, come sarebbe quando alcuno essendo per navigare volesse portar seco il suo testamento, e lasciarne un altro a casa, acciocchè morto lui, si potesse conoscere la sua ultima volontà, o per altre cagioni che sono innumerevoli per gli accidenti delle cose del mondo.

Unum testamentum pluribus codicibus. Il testamento è un solo, ma son più gli originali. Non si vuol confondere questi originali con le semplici copie. Gli esemplari, de' quali quì si ragiona son fatti ciascuno con l' adempimento di tutte le forme prescritte (*secundum obtinentem observationem omnibus factis*); ciascuno ha il carattere di originale, e può supplir solo alla perdita degli altri, e per questo fine appunto si fanno. Le copie prese sull' originale non avrebbero nè questo carattere, nè questi effetti.

XIV. Sed haec quidem de testamentis, quae scriptis conficiuntur. Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare *jure civili* testamentum septem testibus adhibitis, et sua voluntate coram eis nuncupata sict hoc perfectissimum testamentum *jure civili* firmumque constitutum.

14. Ma basti aver fino a quì ragionato de' testamenti che si fanno in iscritto. Che se poi qualcuno vorrà ordinar testamento senza scritto *per dritto civile*, sappia che chiamati sette testimoni, e detta alla lor presenza la sua volontà, questo è perfettissimo testamento, secondo il dritto civile, ed è confermato dalle costituzioni.

Se i testamenti non avessero potuto altramente farsi che per iscritto, un gran numero di cittadini sarebbero stati ridotti all' impotenza di far testamento, ma si poteva testare e per iscritto, e verbalmente. Il primitivo testamento *per aes et libram* non comportava alcuna necessità di scrittura; il testatore dopo aver mancipato la sua eredità al *familiae emptor*, che allora era il medesimo erede, poteva fargli conoscere le disposizioni che gli dava ad eseguire così per una dichiarazione a voce, come per via di tavolette scritte (v. quì sopra p. 264) (1). La medesima cosa fu quando il *familiae emptor* fu tutt' altra persona che l' erede: dopo eseguita la

(1) Gai. 2. 103.

mancipazione, il testatore poteva senza dubbio dare delle tavolette scritte, facendo la nuncupazione generale di che abbiam ragionato; e di cui abbiam riferita la formola (p. 265); ma poteva egualmente passarsi d' ogni scrittura, e fare una mancipazione speciale e particolareggiata dichiarando ad alta voce il nome del suo erede, e le altre sue disposizioni. Ecco perchè Ulpiano dice: « *Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere* » (1) ; che anzi la nuncupazione generale accompagnata da uno scritto non era stata ammessa che come un equivalente della vera ed intera nuncupazione. L' editto del pretore, richiedendo l' apposizione de' sigilli, e le costituzioni imperiali, la sottoscrizione de' testimoni, supposero la necessità d' uno scritto; ma nel tempo medesimo fu mantenuta a' cittadini la facoltà di testare verbalmente secondo il dritto civile per la nuncupazione, cioè per la dichiarazione della volontà innanzi a sette testimoni: solamente non vi fu più mestieri di mancipazione precedente, nè di *emptor familiae* nè di *libripens*.

Iure civili. In fatti abbiam veduto che questo testamento rimase estraneo alle nuove forme introdotte dal dritto pretorio, e dal dritto delle costituzioni; ma i pretori non per questo ne proteggevano meno la sua esecuzione, dando la possessione de' beni in forza delle sue disposizioni (2). Questo è il testamento, che i comentatori addomandano *nuncupativo*.

TITOLO XI.	TITULUS XI.
DE MILITARI TESTAMENTO.	DEL TESTAMENTO MILITARE.

Da che i soldati cominciarono a poter fare e disfare gl' imperadori, e questi dall' altra parte cominciarono a poter coi loro editti compartir de' favori, e privilegi, non mancarono privilegi a' soldati; questi ne ebbero degl' importanti in quanto a' loro testamenti sì per la capacità di testare, sì per la capacità di coloro ai quali volevan lasciare i loro beni, sì per la forma dell' atto e, sì pel modo di disporre. Le concessioni di siffatti privilegi cominciarono col primo imperadore Giulio Cesare, come una semplice conces-

(1) D. 28. 1. 21. *princ.* — (2) Cod. 6. 11. 2. const. di Gordiano.

sione temporanea (1); i suoi successori Tito, Domiziano confermarono questa concessione; Nerva e Trajano la resero generale; anzi se ne fece una clausola particolare che fu messa ne' mandati imperiali, e di cui Ulpiano ci ha tramandata la formola (2). I pretori consacrarono al testamento militare un capitolo speciale dell'editto, e diverse costituzioni imperiali regolarono e svolsero questo dritto eccezionale (3). Il titolo delle Instituzioni, che ora abbiamo a spiegare, non tratta che de' privilegi relativi alla forma del testamento.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus *propter nimiam imperitiam* eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur. Videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito *nostra constitutio introduxit.* Quoque enim modo voluntas ejus suprema *sive scripta* inveniatur sive *sine scriptura*, valet testamentum *ex voluntate ejus.* Illis autem temporibus per quae citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis aedibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, *et si filii familias sunt* propter militiam conceduntur; jure tamen communi eadem observatione in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus.

La sopradetta diligente osservanza in ordinar i testamenti è stata per costituzione de' principi dispensata coi soldati *per la loro imperizia*; perciocchè quantunque essi non chiamino il legittimo numero di testimoni, e non osservino altra solennità de' testamenti, nondimeno testano rettamente però quando son occupati nelle spedizioni, la qual cosa è stata meritamente introdotta dalla nostra costituzione. Così in qualunque modo si trovi l' ultima volontà del soldato o in scrittura, o senza scrittura, il testamento vale per la volontà di lui. Ma nel tempo ch'essi vivono fuor delle spedizioni o in altri luoghi, o a casa loro non hanno cotal privilegio. Si concede bene per rispetto della milizia, ch' essi possano testare eziandio se saranno figliuoli di famiglia, ma secondo il dritto comune debbono osservar ne'loro testamenti quel che si osserva ne' testamenti di coloro che non sono soldati, siccome poco fa abbiam ragionato.

Propter nimiam imperitiam. Non era a cagione della loro imperizia, ma sibbene a cagione della loro qualità, e condizione di

(1) Questo è uno degli esempi che provano, come qui sopra abbiam detto, quanto sia falsa l'opinione di coloro che stabiliscono al tempo di Adriano il cominciamento delle costituzioni imperiali. — (2) D. 29. 1. 1. *princ.* f. Ulp. — (3) D. 2. f. Gai. — Ved. anche Gai. comm. 2. §§ 109, 110, 114. — Ulp. Reg. 23. 10.

soldato, giacchè i loro privilegi si estendevano eziandio alla capacità, e d' altra parte essi non ne godevano che al campo, e nelle spedizioni.

Nostra constitutio introduxit. Non ostante quest' asserzione, si può giustamente mettere in dubbio che la costituzione di Giustiniano sia stata la prima ad introdurre questa regola, per la quale il privilegio de' militari è limitato ai testamenti fatti nel campo, e nelle spedizioni: a giudicarne da' frammenti di Ulpiano, e da due costituzioni l' una di Antonino, l' altra di Costantino (1), pare che la regola sia stata fin dal principio, o almeno molto prima di Giustiniano.

Sive scripta. Anche se nel combattimento, nel momento che era per lasciare la vita, egli col suo proprio sangue l' avesse scritta sul suo scudo o sul fodero della spada, ovvero l' avesse tracciata sulla polvere con la punta del suo ferro (2).

Sive sine scriptura. Se il militare dichiara la sua volontà in iscritto, non è necessario alcun testimone; se la dichiara verbalmente, non è necessario che i testimoni, a' quali egli la dichiara, sieno stati spezialmente convocati, nè che sieno più di due, il qual numero è sufficiente a far pruova, ogni volta che la legge non ne ha richiesto un numero maggiore (3).

Ex voluntate ejus. La sola volontà del militare fa la forza del testamento indipendentemente da ogni forma, e da ogni solennità: « *Sufficiat nuda voluntas testatoris* » così si legge nel mandato imperiale. Tutto quel che si ricerca è che questa volontà sia manifestata, poco importa in qual modo.

Et si filii familias. Si tratta del testamento sul peculio castrense, che i figliuoli di famiglia posson fare, anche quando non sono più all' esercito; ma allora però debbono adempire tutte le forme ordinarie.

1. Plane de testamentis militum divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit: « Id privilegium quod militanti-

1. E quanto a' testamenti de' militari il divino Trajano rescrisse a Statilio Severo in questa forma: « Il pri-

(1) Ulp. Reg. 23. 10. e soprattutto D. 29. 1. 4. f. Ulp. — Cod. 23. 21. 1. const. Anton. — 15. constit. Constant. — La costituzione di Giustiniano è nel medesimo titolo del Codice, legge 17. — (2) Queste sono le parole della legge. Cod. 23. 21. 15. const. Constant. — (3) D. 22. 5. 12. f. Ulp.

bus datum est, ut quoquo modo facta ab iis testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius, constare debeat testamentum factum esse *quod et sine scriptura* a non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles, de cujus bonis apud te quaeritur si *convocatis ad hoc hominibus* ut voluntatem suam testaretur ita locutus est, ut declaret quem vellet sibi heredem esse, et cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum si ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: EGO TE HEREDEM FACIO, AUT BONA MEA TIBI RELINQUO, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent qui affirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona cui visum sit, et per hoc vera judicia subvertuntur ».

vilegio conceduto a' soldati che i testamenti in qualunque modo fatti da loro sieno validi, s'intende in questa maniera che si vegga prima se sia stato fatto un testamento; or quest' atto può esser fatto *senza scrittura* anche da chi non è soldato, adunque se quel soldato, de' beni del quale si è mossa questione innanzi a te, avendo chiamato a se delle persone per esporre la sua volontà ha favellato in maniera che si comprenda qual sia colui ch'egli ha fatto suo erede, si può dir ch'egli abbia testato senza scrittura, e la sua volontà si dee aver per ferma, ma s'egli avrà detto a qualcuno, siccome alle volte suol avvenir favellando: *io ti fo mio erede*, ovvero *ti lascio i miei beni*, non accade che questo s' osservi come testamento. Il qual esempio importa che non sia ammesso, più a' soldati, che hanno cotal privilegio, che ad ogni altra persona, acciocchè quel ch' essi dicono a caso non si riduca a forza di testamento. Altrimenti dopo la morte di qualche soldato facilmente si troverebbero testimoni, che affermerebbero se aver udito dire al morto, ch'ei lasciava i suoi beni al tale o tal'altro che loro andrebbe a grado, e per questo si sovvertirebbero le vere intenzioni, e giudizi dell' animo.

Quod et sine scriptura. Il *quod* si riferisce bene al testamento. Il senso è che il testamento può esser fatto senza scrittura anche da chi non è soldato (*et a non militantibus*), e per conseguenza eziandio da' soldati, sempre però con la dispensa dalle solennità. Ecco perchè l' imperadore reassume più appresso la sua decisione in queste parole: *potest videri sine scripto hoc modo esse testatus.* Del resto la controversia de' commentatori su questo *quod* non ha nulla d' importanza.

Convocatis ad hoc hominibus. Ciò non vuol dire che i testimoni ne' testamenti militari debbano specialmente essere convocati. L' imperadore risponde alla specie sulla quale era stato consultato, e propone i fatti, ma non stabilisce una regola. Basta leg-

gere la parafrasi di Teofilo, per ben valutare il carattere di rescritto che appartiene a questa costituzione.

II. Quinimo et mutus, et surdus miles testamentum facere potest.

2. Che anzi il soldato o sia muto, o sia sordo può far testamento.

È mestieri supporre, dice la parafrasi di Teofilo, che si tratti di un soldato, il quale per cagione di sopravvenuta infermità debba esser congedato per causa accidentale (*causaria missio*), (*ante causariam missionem*), nel momento che si trova ancora tra le file del" esercito (1). In fatti sarebbe cosa assurda e sconvenevole, aggiugne Teofilo, che il sordo o muto fosse ammesso, o rimanesse al servizio militare, perciocchè l' uno non ode i comandi del suo capo, e l'altro, se fosse uopo dare all' armi, nol potrebbe fare.

Il privilegio di forma, del quale quì si ragiona, diviene pel sordo o muto un privilegio di capacità, essendochè la necessità delle forme solenni non gli permetterebbe in nessun modo di testare.

III. Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur *quatenus militant*, et in castris degunt. *Post missionem* vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerunt testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint post missionem intra annum tantum valebit. Quid igitur si intra annum quidem decesserit *conditio autem* heredi adscripta *post annum extiterit*? an quasi testamentum militis valeat? Et placet valere quasi militis.

3. Ma questo è lor conceduto poter fare dalle costituzioni de' principi *fino a tanto ch' essi militano* e vivono negli eserciti. Ma i veterani dopo licenziati, o gli altri che ancora militano ma non sono al campo, non possono far testamento se non seguendo le forme del dritto comune a tutt'i cittadini romani. E quel testamento che avran fatto nel campo non secondo il dritto comune, ma in qualunque modo essi avran voluto, valerà solamente infra l'anno dopo il congedo. Ma se alcuno morrà in fra l' anno, e *la condizione posta all'erede si avveri più oltre dell'anno*, si dee dire che il testamento vaglia come testamento di soldato? E piace che esso vaglia quasi testamento di soldato.

(1) D. 29. 1. 4. f. Ulp.

Qualenus militant. Il privilegio non ha ancora luogo quando non si è ancora soldato, e non ha più luogo quando si è cessato di esser soldato. Or non si è soldato che dal momento in cui alcuno è stato incorporato, ed iscritto ne' ruoli (*in numeris*), e si cessa di esser tale quando alcuno ne è cancellato per effetto di congedo, o altra cagione qualunque. Per le persone nuovamente scelte nelle leve (*lecti tirones*) benchè faccian viaggio a spese dell o stato per raggiugnere l' esercito, non sono ancor militari fino alla loro incorporazione (1).

Post missionem. Purchè sia un congedo onorevole, o per causa accidentale (*honestam*, vel *causariam missionem* termini consacrati). I testamenti di coloro che per disonorevole cagione son licenziati (*ignominiae causa missi*) cessano incontanente di valér come testamenti militari. Il medesimo è di quelli de' prefetti, tribuni, o altri capi militari, che non sono stati congedati, ma surrogati da altri (2).

Conditio autem... post annum exliterit? Nel dritto romano allorchè l' istituzione d' erede è condizionale, l' eredità testamentaria si apre all' avveramento della condizione, non già alla morte del testatore. In questo mezzo, e fino all' accettazione, l' eredità, come già abbiam detto, si reputa *continuare la persona del defunto*; si dovrà dunque conchiuder da ciò che il testamento del soldato morto infra l' anno dal suo congedo non sarà valido perchè la condizione non si sia ancora compiuta e per conseguenza l' eredità si apra dopo il termine dell' anno? No veramente: se si da un anno al soldato, questo è per lasciargli tempo di rifare il suo testamento, secondo il dritto comune; se questo tempo gli è mancato, il suo testamento militare è valido, a qualunque tempo si riferiscano le sue disposizioni. Quì dunque è a considerare il momento stesso della morte del testatore, e non quello dell' apertura della successsione.

Non però di meno la durata del testamento mililitare era limitata ad un anno dopo il congedo non solo per quanto riguardava i privilegi di forme, ma ancora per gli altri privilegi testamentari de' soldati. Così era anche la medesima cosa pe' privilegi relativi

(1) D. 29. 1. 42. f. Ulp. — (2) Ivi 26. f. Macer. — 21. f. Afric.

alla capacità del testatore, a quella degli credi, ec. (1). E questo ha potuto principalmente far sorgere il dubbio nella quistione che ora abbiam proposta, e risoluta col testo.

IV. Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus in expeditione degens resignavit illud, et quaedam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere testamentum, quasi ex *nova militis voluntate*.

4. Ma se alcuno innanzi che fosse soldato avesse fatto testamento non secondo il dritto, e dopo, fatto soldato essendo nel campo lo abbia aperto, aggiugnendo, o levando qualche cosa, o abbia in altro modo dimostrato volere che quel testamento vaglia, si dee dire che quel testamento vaglia *come per la nuova volontà d' un militare.*

Ex nova militis voluntate. Siccome il soldato può trasandare tutte le forme, così manifestando la sua volontà di adottare il suo testamento già fatto o con modificazione, o senza, egli fa di questo testamento fin allora nullo *un nuovo testamento* valido secondo il dritto militare. Ma se non avesse manifestata questa volontà, il testamento resterebbe sempre nullo; perciocchè il privilegio non si applica a' testamenti de' militari, ma a' testamenti fatti dai militari (*non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt*).

Dopo aver esaminato col testo delle Instituzioni i privilegi di forma conceduti allo stato militare, ci resta a dire alcuna cosa degli altri principali privilegi. *In quanto alla capacità di testare*, il dritto conceduto a' figliuoli di famiglia di testare sul peculio castrense a principio non era che un privilegio militare. *Quanto alla capacità di coloro, in favore de' quali si fa testamento:* I militari potevano istituir eredi i deportati, e quasi tutti quelli, co' quali non si avea la fazione di testamento (2); tali erano ancora al tempo di Gaio i *peregrini*, i Latini Giuniani, i celibi, gli *orbi* (3). *Quanto alla libertà, al modo, ed alla estensione delle loro disposizioni:* Essi non eran soggetti alla necessità

(1) D. 28. 3. 7. Ulp. — (2) D. 29. 1. 13. § 2. Ulp. — (3) Gai. 2. §§ 110, e 111.

d'una dichiarazione formale per diredare i loro figliuoli (1); il loro testamento non si rescindeva per inofficiosità (2); potevano legare più di tre quarti de' loro beni (3); morir parte testato e parte intestato (4); per conseguenza aver più d'un testamento (5); e disporre dell' eredità anche per codicillo (6).

A quest' ordine di privilegi si riferisce il paragrafo seguente del nostro titolo, e non già a' privilegi di forma.

V. Denique si *in adrogationem* datus fuerit miles vel filius familias *emancipatus* sit, testamentum ejus, *quasi militis ex nova voluntate valet*, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

5. Finalmente se il soldato sarà dato *in arrogazione*, o essendo figliuol di famiglia *sarà emancipato*, il suo testamento varrà come se fosse fatto *di nuova volontà del soldato*. E si considera come se per la diminuzione di capo non fosse divenuto inutile.

Per l' intelligenza di questo paragrafo è a sapere che secondo il dritto comune, il testamento del cittadino romano, benchè a principio validamente fatto, cadeva, diveniva inutile (*irritum*), se il testatore soffriva una delle tre diminuzioni di capo, qualunque essa si fosse. Esaminiamo quali erano su questo punto le eccezioni prodotte dallo stato militare, cominciando dalla grande e dalla mezzana diminuzione di capo, di cui il testo non fa parola.

Queste due diminuzioni rendevano il testamento *irritum*, perchè il testatore perdeva i dritti di libertà, o di città. Vi avea un' eccezione a favore del militare che le avesse sofferte per effetto di una pena ricevuta per un reato militare (*ex militari delicto damnatus*). Un rescritto di Adriano gli permetteva di testare non ostante la sua condanna, ed Ulpiano afferma ch' egli può testare secondo il dritto privilegiato de' soldati (*et credo jure militari testabitur*). Ciò posto il giureconsulto dimanda che diverrà del suo testamento s' egli ne avesse fatto uno innanzi che patisse la diminuzione di capo? Secondo il dritto rigoroso diverrà *irritum* per effetto del mutamento di stato e di persona, che il testatore ha sofferto, ma sarà egli necessario che sia rifatto, affinchè ripigli la validità che per lo stretto dritto hà perduta? (*an vero poena irritum factum reficiendum est?*) No, decide Ulpiano, conciosia-

(1) Ved. quì appresso tit. 13. § 6. — (2) C. 3. 28. 9. const. Alexandr. — (3) C. 6. 21. 12. const. Const. — (4) D. 29. 1. 6. fr. Ulp. — 37. f. Paul. — (5) Ivi 19. pr. f. Ulp. — (6) Ivi 36. pr. f. Paul.

chè se Adriano permette a questo condannato di testare, e se allora fa testamento coi privilegi militari, la sola volontà ch' egli abbia di far valere il precedente testamento basta per farlo considerare come rifatto: « *Et si militari jure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin si voluit id valere, fecisse id credatur* » (1). Questo è il caso di rettamente applicare le espressioni del nostro paragrafo: *Quasi militis ex nova voluntate valet.*

Passiamo alla piccola diminuzione di capo che può avvenire ed ai capi di famiglia per l' arrogazione, ed ai figliuoli per l' emancipazione, o per l' adozione. Bisogna fissar bene in mente quest' idea che per la piccola diminuzione di capo, in qualunque modo avvenisse, o che aumentasse, o che sminuisse la capacità di colui che la pativa, vi era sempre rinnovamento di persona, di famiglia, di proprietà. La persona diminuita di capo passando in una nuova famiglia diveniva una nuova persona, e s' identificava ad una nuova proprietà; perciocchè la proprietà era concentrata in ciascuna famiglia. Dal che seguiva che il testamento da lui precedentemente fatto non poteva più conservare alcun effetto, quando la persona, la famiglia, ed anche la proprietà non erano più le medesime. Esso dunque diveniva *irritum*, salvo al testatore di farne un altro nella nuova posizione in cui entrava, se questa gliel permetteva. Tal'era il dritto comune. Ma i soldati aveano ancora su questo punto il privilegio, che non avean mestieri di formare delle nuove disposizioni; il testamento fatto per la posizione in cui erano innanzi che il mutamento di stato fosse avvenuto, applicavasi eziandio alla nuova (*quasi militis ex nova voluntate*); e benchè rigorosamente fosse divenuto *irritum* per la diminuzione di capo, pure si reputava non esser tale (*nec videtur capitis deminutione irritum fieri*).

In adrogationem. Così il testamento fatto da un capo di famiglia *soldato* o per tutt' i beni, o per le sole cose acquistate nel campo si trasformava in certa guisa, se questo capo di famiglia veniva a darsi in arrogazione, e si applicava al peculio castrense formato per la diminuzione di capo, come se per questo peculio fosse stato fatto. Ma altramente sarebbe andata la cosa se si fosse trattato dell' arrogazione di un veterano che avea già cessato di esser soldato (2).

(1) D. 28. 3. 6. § 6. f. Ulp. — (2) D. 29. 1. 23. f. Tertull.

Emancipatus. Così il testamento che il figliuol di famiglia *soldato* avea fatto sul suo peculio castrense si trasformava in certo modo, se questi veniva ad esser emancipato; e benchè, per esser egli divenuto capo di famiglia, non vi fosse più peculio, ma solamente de' beni formanti una sola, e medesima massa (1), nondimeno il testamento fatto pel peculio castrense si applicava a questo nuovo stato di cose, come se per questo appunto fosse stato fatto (2). Pare che quest' ultimo privilegio fosse stato eziandio esteso a' veterani (3).

Quasi militis ex nova voluntate. In tutte queste cose la trasformazione del testamento corrisponde alla trasformazione della persona e della proprietà, come se vi fosse stata nuova volontà.

VI. Sciendum tamen est quod ad exemplum castrensis peculii tam *anteriores leges* quam principales constitutiones quibusdam quasi-castrensia dederunt peculia, et *quorum quibusdam* permissum erat etiam in potestate degentibus testari. Quod *nostra constitutio* latius extendens permisit omnibus in his tantummodo peculiis testari, *sed jure quidem communi*. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est nihil eorum quae ad praefatum jus pertinent ignorare.

6. Tuttavia si dee sapere che avendo tanto *le leggi anteriori*, quanto le costituzioni de' principi dato ad alcuni, ad esempio del peculio castrense, il peculio quasi-castrense, e ad alcuni tra questi essendo permesso di poter testare, quantunque fossero in altrui potestà, noi per nostra costituzione allargando questa materia non solamente ad alcuni, ma a tutti abbiamo conceduto licenza di testare di questi peculi *osservando però gli ordini del dritto comune*. Dalla qual costituzione, se ben si considera, ciascuno può conoscere tutto ciò che a questo dritto si appartiene.

Anteriores leges. Non si dee conchiudere da ciò che la creazione del peculio quasi-castrense rimontasse alle leggi anteriori alle

(1) C. 3. 28. 37. *in fin*.—(2) Ivi 22. f. Marcian. — (3) D. 37. 11. 1. § 8. f. Ulp. — 28. 3. 6. § 13. f. Ulp. — Checchè si possa indurre dalle parole di questo giureconsulto, esso era un dritto eccezionale, e privilegiato. Pel caso di arrogazione Tertulliano lo dice positivamente; pel caso di adozione lo dice anche Marciano, ed è forza riconoscerlo anche in questo caso per tutte le ipotesi. In fatti si supponga che il testamento fatto dal figliuolo di famiglia sul suo peculio, si mantenesse dopo la sua emancipazione solamente sulle cose acquistate in campo; or bene come poteva questo capo di famiglia esser parte testato, e parte intestato, se non per effetto di un privilegio? Si supponga che questo testamento si applicasse a tutti i beni, ed allora come avveniva che essendo stato fatto pel solo peculio castrense, prendeva questa estensione universale, e subiva questa trasformazione, se non per la presunzione privilegiata, *quasi ex nova militis voluntate*?

costituzioni, cioè alle leggi della repubblica. Tutto al più si può dedurre (come qui sopra abbiam detto p. 221) da alcuni frammenti di Ulpiano nel Digesto, che questo peculio era già conosciuto prima delle costituzioni di Costantino; ma anche questa data si può contrastare, perchè secondo un'altra opinione i frammenti di Ulpiano si tengono come alterati dai compilatori del Digesto; ed il peculio quasi castrense come una innovazione che prende data solamente da Costantino.

Quorum quibusdam. Il dritto di testare sul peculio castrense prima di Giustiniano non era dato generalmente a tutti quelli che aveano cosiffatto peculio, ma solamente per eccezione ad alcune classi privilegiate: tali erano i consoli, i proconsoli, i prefetti di legione, i presidenti di provincia, ed altri; Giustiniano è il primo che a tutti senza distinzione lo concede.

Nostra constitutio. Nel Codice lib. 3. tit. 28. *De inofficioso testamento* costituzione 37. — lib. 6. tit. 22. costit. 12.

Sed jure quidem communi. Senza il privilegio militare.

Del resto questo paragrafo appartiene piuttosto al titolo seguente, che a questo.

DI ALCUNI ALTRI TESTAMENTI DISPENSATI DALLE FORME ORDINARIE.

In questa classe vanno annoverati:

I testamenti fatti nel campo da quelli, che non essendo soldati, si trovano nell'esercito (*in hosticolo, in procinctu versantur*), e sono esposti a' medesimi pericoli (*eadem pericula experiuntur*). Questi testamenti in caso di morte nell'esercito son validi senz'altre forme che quelle de' soldati (1);

I testamenti de' *navarchi, trierarchi*, de' rematori, e de' nocchieri nelle flotte, perchè questi uomini di mare son militari (2);

I testamenti di coloro che son colpiti da una malattia contagiosa, ai quali una costituzione di Diocleziano, e di Massimiano rimette non già la convocazione, ed il numero de' testimoni, ma la necessità di avvicinarli, e di recarli in presenza del testatore, o anche di adunarli insieme tra loro, secondo un'altra interpetrazione (3);

I testamenti fatti in campagna, ove sovente è difficile trovar

(1) D. 37. 13. 1. pr. f. Ulp. — (2) D. 37. 13. 1. § 1. — (3) C. 6. 23. 8.

de' testimoni, che sappiano scrivere. Per siffatti testimoni una costituzione di Giustiniano da varie agevolezze e dispense quanto alla necessità della sottoscrizione del testatore, e de' testimoni, e permette eziandio di ridurre fino a cinque il numero de' testimoni (1).

TITULUS XII. — TITOLO XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM. — A QUALI PERSONE NON È PERMESSO FAR TESTAMENTO.

La prima cosa a considerare, dice Gaio, se ricerchiamo della validità di un testamento, è se colui che l' ha fatto avea la fazione di testamento: « *Imprimis advertere debemus an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem* ».

Noi abbiamo sufficientemente spiegato qual' era l' origine, ed il valore primitivo di questa espressione *fazione* di testamento. Noi sappiamo che di poi che le forme testamentarie furon rendute semplici, essa, secondo la propria definizione delle Instituzioni, dinota in primo luogo la capacità di fare un testamento, ed in secondo luogo quella di ricevere ed acquistare per se, o per altri dal testamento di un' altra persona (2).

Noi quì seguendo il testo c' intratterremo alquanto della prima di queste due capacità.

La fazione del testamento non era di dritto privato, ma di dritto pubblico: « *Testamenti factio non privati sed publici juris est*, dice Papiniano (3). Il dritto di regolare la sua eredità, cioè di darsi dopo la morte, nell' associazione generale, un continuatore della sua persona giuridica, questo dritto non era una conseguenza necessaria della proprietà, ma facea mestieri che si fosse ricevuto dalla legge, e co-

(1) Ivi 31. Quest'è l' origine delle disposizioni analoghe del nostro dritto. — (2) Dal che i comentatori han fatto due sorte di fazioni: la *fazione attiva*, e la *fazione passiva*, espressioni che mai non sono state nella lingua del dritto romano. La fazione, cioè la cooperazione alla formazione del testamento era un fatto attivo tanto da parte del testatore, che da parte del *familiae emptor*, del *libripens*, e de' testimoni. — (3) D. 28. 1. 3.

loro non aveano la fazione di testamento, a' quali la legge non l'avea conceduta (*quibus non est permissum facere testamentum*).

Nella fazione del testamento due cose si debbono ben distinguere; il dritto di avere un testamento e quello di farlo; vale a dire l'attribuzione legale del dritto, e la capacità sufficiente per esercitarlo; o più semplicemente il dritto, e l'esercizio del dritto. Così ogni cittadino romano capo di famiglia ha il dritto di avere un testamento; ma s'egli è pazzo, o impubere, ecco un'impossibilità morale; se è sordo e muto, un'impossibilità fisica, che gli rende impossibile di testare, e che produce a suo riguardo un incapacità eccezionale di esercitare il dritto, che secondo la regola comune gli appartiene.

Per la fazione di testamento, cioè per poterlo formare, e far validamente, sono evidentemente richieste amendue queste condizioni: attribuzione legale del dritto, e capacità di esercitarlo; l'una e l'altra sono parimente indispensabili; se manca una delle due, il testamento fin dal principio è nullo, e non potrà mai aver valore. Ma fatto che sia validamente il testamento, si presentano delle importanti distinzioni.

La capacità di esercitare il dritto può cessare, e non ritornar più; il testatore può divenir pazzo, interdetto, sordo e muto, ed esser tale anche al momento della sua morte, ciò poco importa: purchè gli sia restato il dritto di avere un testamento, egli non ha più bisogno dell'esercizio di questo dritto, essendochè di già lo ha esercitato, di già si è cautelato facendo il suo testamento a tempo opportuno. Questo testamento rimane valido, e l'incapacità susseguente, la quale impedisce solamente l'esercizio, non nuoce al dritto del testatore più che non nuocerebbe l'incapacità fisica risultante dalla malattia, e dall'avvicinamento della morte.

Ma per quanto si appartiene all'attribuzione del dritto in se stesso, la cosa va tutt'altramente: bisogna che questo dritto esista, e si mantenga in fino alla morte. In fatti il testamento in realtà non si fa che per questo supremo momento; se è formato prima, ciò è solamente per anticipazione. La disposizione dell'eredità, benchè anticipatamente dichiarata, si reputa fatta dal morente nel momento istesso che la vita lo abbandona; è dunque mestieri che in questo momento abbia ancora non la capacità di dichiarare la sua volontà, ma il dritto di disporre. Che anzi i principi rigorosi richiedevano

che il dritto non avesse mai cessato di essere in lui dal momento che s' era fatto il testamento fino a quello della morte. Se esso fosse stato distrutto nel tempo intermedio, per qualsivoglia spazio di tempo, comechè dipoi fosse stato ristabilito, ciò bastava per rendere inutile il primo testamento, salvo il dritto di farne un altro. Noi vedremo quali temperamenti avea il dritto pretorio apportati a cosiffatto rigore di principi.

Reassumendo fermiamo la regola che vi ha quanto al dritto di testare due epoche a considerare: quella della formazione del testamento, quella della morte; di più il tempo di mezzo. La capacità d' esercitare il dritto si richiede solamente alla prima cioè al tempo della formazione dell' atto; ma il dritto in se stesso è sempre richiesto da che si è fatto il testamento fino alla morte senza interruzione.

Poste queste idee preliminari è ben agevole l' intelligenza del testo.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut *quamvis parentes eis* permiserint, nihil o magis jure testari possint; exceptis iis quos antea enumeravimus, et praecipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris acquisierunt permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus initio tantum militantibus datum est tam auctoritate divi Augusti, quam Nervae, nec non optimi imperatoris Trajani, postea vero subscriptione divi Hadriani et etiam dimissis a militia, id est veteranis concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint. *Si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus*, ad parentem eorum *jure communi* pertinebit. Ex hoc intelligere possumus quod in castris acquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque

Nondimeno egli non è lecito a tutti di far testamento, perchè quegli uomini che son sottoposti all'altrui volontà non hanno dritto alcuno di far testamento, e quantunque i padri dessero loro licenza, non possono per questo legalmente farlo, fuor solamente quelli di che innanzi abbiam ragionato, e spezialmente i soldati, che sono in potestà de' padri, a' quali è permesso per le costituzioni de' principi far testamento di quello che s'acquistarono nel campo. Il qual diritto a principio fu dato solamente a coloro che militavano, tanto per autorità del divino Augusto, quanto per Nerva, e per l'ottimo imperadore Trajano; ma poi per la sottoscrizione del divino Adriano fu eziandio conceduto a' soldati licenziati dalla milizia, cioè a' veterani. E per tanto se avranno fatto testamento sul peculio castrense, quel sto si aspetta a colui che essi avranno lasciato erede. Ma se morranno senza far testamento, non restando vivi nè discendenti, nè fratelli, succederanno i padri per dritto comune. Per questo

patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque, patre mortuo, cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium ejus esse, qui id in castris adquisierit; quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computantur ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur. Exceptis videlicet iis, quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur. *Praeter hos igitur* qui castrense, vel quasi castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.

possiamo intendere che ciò che il soldato in potestà del padre si guadagna in campo, non gli può esser tolto da suo padre, nè venduto da' creditori del padre, e morto il padre, non è comune con gli altri fratelli, ma proprio di colui che lo ha acquistato nel campo, benchè per dritto civile ogni peculio di coloro che son sottoposti al padre sia computato ne' beni del padre non altrimenti che si computino tra i beni de' padroni i peculii degli schiavi, eccettuandone però quei beni, che per le sacre costituzioni, e spezialmente per le nostre, non si acquistano a' padri per diverse cagioni. *Fuor di costoro* che hanno un peculio castrense o quasi-castrense se alcun altro figliuol di famiglia farà testamento, sarà inutilmente fatto, quantunque poi sia morto di sua ragione, e libero.

Questo paragrafo preliminare è relativo al dritto di testare in se stesso, e gli altri che seguono alla capacità di esercitarlo.

Coloro a' quali non è dato il dritto di testare sono:

Gli schiavi, e per conseguenza coloro che han sofferto la gran diminuzione di capo, per la servitù della pena, o per la cattività presso il nemico. Non per tanto vediamo in Ulpiano che gli schiavi pubblici del popolo romano (*servus publicus populi, romani*) potevano disporre per testamento della metà del loro avere (1);

I peregrini a' quali non sia stato conceduto il dritto di commercio; e per conseguenza coloro che han patita la mezzana diminuzion di capo. Tuttavia i *peregrini* spezialmente cittadini d' una città (*certae civitatis cives*) vi potevano far testamento secondo le leggi di questa città (2);

Quelli, il cui stato è dubbioso, incerto (*qui incertus de statu suo est*; *de statu suo dubitantes vel errantes*. Tale sarebbe lo schiavo francato per testamento del suo padrone, ma che ignorasse costui esser morto, ed essersi accettata l' eredità. Sicchè

(1) Ulp. Reg. 20. 16. — (2) Ivi § 14.

bisogna avere la conoscenza, la certezza del proprio stato e del dritto che produce (1):

Nella primitiva legislazione anteriore alle XII. Tavole nè gli schiavi fatti liberi, nè i loro figliuoli aveano il dritto di testare. Questo fu un rigore, dal quale fu forza che i patrizi si ritraessero al tempo che queste leggi furon pubblicate. Più tardi, quando si distinsero tre ordini di francati, i due nuovi ordini che furon creati, cioè i *Latini Giuniani*, *e i deditizi* non ebbero il dritto di testare (2). Sotto Giustiniano non è più questione di cosiffatte differenze;

Le persone dichiarate *intestabiles*, delle quali abbiam ragionato quì sopra p. 271;

Finalmente i figliuoli di famiglia, i soli di cui il testo fa parola. Non si poteva per essi neppure far questione di testare, essendochè eglino non aveano niuna proprietà, *quoniam nihil suum habent*, dice Ulpiano.

Quamvis parentes eis permiserint. Il consentimento del capo di famiglia, nella cui persona la proprietà riposava, non avea cosiffatto potere; perciocchè possiamo ben permettere che altri faccia l'alienazione della nostra cosa, ma non già una disposizione testamentaria. Nel primo caso non vi ha che un dritto privato, ma nel secondo un dritto pubblico.

Allorchè fu a' figliuoli di famiglia attribuita la proprietà di certi peculi, questo dritto non fu sufficiente a produrre anche quello di testare; perciocchè l'uno, secondo che abbiam detto, non è la conseguenza necessaria dell'altro. Bisognava che la fazione di testamento fosse loro spezialmente conceduta, e questa gradualmente fu loro data nel modo indicato dal testo: da prima pel peculio *castrense*, ed a favore solamente de' soldati; di poi anche pel peculio *quasi-castrense*, a favore solamente di alcune classi, e da ultimo sotto Giustiniano per tutti coloro che aveano questa sorta di peculio.

Si vero intestati decesserint. La posizione del peculio castrense era ben differente, secondo che il figliuolo di famiglia moriva avendo testato, o no sul suo peculio. S'egli avea testato, il peculio castrense formava una vera eredità testamentaria deferita in

(1) D. 28. 1. 14. f. Paul.—15. f. Ulp. — (2) Ulp. Reg. 20. 14.

questa qualità a coloro, ch' egli si avea scelti ad eredi (*testamento facto pro hereditate habetur castrense peculium*). Se era morto senza testamento, il peculio castrense non formava un eredità *ab intestato*, ma non avendo il figliuolo usato del dritto che gli era conceduto, il peculio castrense rientrava nel dritto comune, cioè nel dritto di tutti i peculi; il capo di famiglia lo ripigliava non per dritto ereditario, ma per dritto di peculio (*non quasi hereditas, sed quasi peculium*) (1), come cosa a lui appartenente secondo il dritto antico (*antiquo jure*), ed anche per una spezie di *postliminium* il padre si reputava non essere mai stato privo di questa proprietà, e gli atti di alienazione ch' egli innanzi la morte del figliuolo per avventura ne avesse fatti, divenivano validi: « *Quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia* » (2). In fatti, dice quì Teofilo, nella sua parafrasi: allorchè colui, al quale è stato conceduto per innovazione alcun favore eccezionale, non ne usa, l'antica legge riprende il suo effetto.

Nullis liberis vel fratribus superstitibus. Questa è una derogazione introdotta al dritto, che ora abbiamo esposto. Sicchè morto intestato il figliuolo, il suo peculio castrense non ritorna immediatamente a titolo di peculio al capo di famiglia, ma è raccolto di preferenza come successione *ab intestato* da' suoi discendenti, ed in difetto, da' suoi fratelli. Solo nel caso che il figliuolo defunto non abbia lasciato ne' discendenti ne' fratelli, il peculio castrense si deferisce al padre.

Jure communi. Ma allora ritornerà al capo di famiglia a titolo di peculio, secondo il dritto comune a tutti i peculi, ovvero sarà deferito agli ascendenti a titolo di successione *ab intestato*, secondo il dritto comune delle successioni introdotte da Giustiniano? Le parole *jurè communi* del nostro testo hanno la prima, o la seconda significazione? I comentatori le interpetrano nell' ultimo senso, ma la parafrasi di Teofilo attribuisce ad esse la significazione perfettamente opposta: *secondo il dritto comune*, dice il professore contemporaneo di Giustiniano, *vale a dire come un peculio ordinario.* Noi vi ritorneremo quando si tratterà delle successioni.

(1) D. 49. 17. 1. e 2. f. Ulp. — (2) D. 49. 19. § 3. f. Tryph.

Praeter hos igitur. Benchè i figliuoli di famiglia abbiano la proprietà del peculio avventizio, pure non ne possono disporre, perchè niuna legge concede loro questo dritto.

I. Praeterea testamentum facere non possunt: impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, et decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur, certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor interveniens perimit.

1. Oltre a ciò gl'impuberi non possono far testamento, perchè non hanno giudizio alcuno. Similmente i pazzi, perchè mancano di mente. E non importa che l'impubere sia di poi divenuto pubere, o il pazzo si sia morto sano di mente. Ma se i pazzi fanno testamento in quel tempo, nel quale la pazzia è intermessa, egli pare che abbiano rettamente testato, ed a più forte ragione è valido il testamento che fu fatto innanzi che la pazzia sopravvenisse; perciocchè o il testamento rettamente fatto, o qualunque altro atto validamente fatto non è da annullarsi per pazzia che sopravvenga di poi.

II. Item prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est testamentum facere non potest; sed id quod fecit antequam interdictio bonorum ei fiat ratum est.

2. Similmente il prodigo, al quale è vietata l'amministrazione delle cose sue, non può far testamento, ma quello ch'egli fece innanzi che gli fosse interdetto il maneggio de' suoi beni, è valido e fermo.

III. Item surdus et mutus non *semper* testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non de eo qui tarde exaudit; nam et mutus is intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe enim etiam litterati, et eruditi homines variis casibus et audiendi, et loquendi facultatem amittunt. Unde *nostra constitutio etiam his subvenit*, ut certis casibus, et modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quae eis permissa sunt. Sed si quis post factum testamentum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, *ratum* nihilominus ejus *permanet testamentum.*

3. Similmente il sordo ed il muto non *sempre* possono far testamento. Noi favelliamo di quel sordo il quale non ode punto, e non di colui che ode ma tardi, e per muto intendiam colui che non può dir nulla, non colui che favella tardamente. Ma spesse volte gli uomini letterati, e dotti per varie cagioni perdono il favellare, e l'udire; laonde *la nostra costituzione ha eziandio sovvenuto a questi tali*, che in certi casi e modi, secondo le regole che ivi si contengono, possano far testamento, ed altri atti che son loro permessi. Che se alcuno dopo fatto il testamento, comincerà ad esser sordo o muto per malattia, o per qualunque altra cagione, il suo testamento *non resta* per questo *meno valido e fermo.*

Non semper. Essi nol potevano se non per eccezione: o sia

per privilegio militare, o sia per concessione dell' imperatore, che avessero individualmente ottenuta (1).

Nostra constitutio etiam his subvenit. Questa costituzione la decima del titolo 22 del libro 6 del Codice dà la facoltà di fare il lor testamento a tutt' i sordi e muti che sono in istato di manifestar la loro volontà, o perchè non abbiano che o l'una o l'altra soltanto di queste infermità, o perchè ne siano stati colpiti per accidente, e sappiano scrivere, o per qualunque altra cagione. La fazione del testamento resta solamente proibita a coloro, che sono realmente nell' impossibilità fisica di farlo, come sarebbe a dire i sordi e muti dalla nascita.

Ratum permanet testamentum. Siccome questo paragrafo, e i due che lo precedono sono relativi ad incapacità, che impediscono solamente l' esercizio, e non il dritto, sono da applicare i principi generali innanzi esposti, cioè che il testamento fatto all' epoca dell' impubertà, della pazzia, dell' interdizione non sarà mai valido, anche quando queste cagioni d' incapacità venissero a cessare, e per contrario il testamento fatto in piena capacità resterà valido, quando anche la pazzia, l' interdizione, la mutezza, e la sordità sopravvenissero di poi. Noi ne abbiamo sufficientemente spiegato il perchè.

IV. Caecus autem non potest facere testamentum nisi per observationem, quam *lex divini Justini* patris nostri introduxit.

4. Il cieco non può far testamento se non con quelle forme introdotte dal divino Giustino nostro padre.

Lex divini Justini. Questa costituzione è la ottava al titolo del Codice già citato. Nel dritto antico niuna regola impediva che il cieco facesse testamento: « *Coecus testamentum potest facere,* dice Paolo nelle sue sentenze, *quia accire (scire) potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes* » (2). Ma il padre adottivo di Giustiniano per premunire il testamento del cieco contro ogni frode, lo sottopose ad una forma particolare: egli ricercò oltre a' sette testimoni l' assistenza di un notaio (*tabularius*) ed in difetto, quella di un ottavo testimone, il quale nel caso di un testamento nuncupativo, dovea scrivere sotto la dettatura del

(1) D. 28. 1. 7. f. Æmil Mac. — (2) Paul. Sent. lib. 3. tit. 4. § 4.

cieco, e nel caso d' un testamento scritto prima, dovea egli medesimo in presenza de' testimoni darne lettura al cieco, affinchè potesse riconoscervi le sue volontà, e dichiararle.

V. Ejus qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit *non valet quamvis redierit*. Sed quod dum in civitate fuerat fecit, *sive redierit*, *valet jure postliminii*, *sive illic decesserit valet ex lege Cornelia*.

5. Il testamento di colui, che è preso dagl' inimici, e che fu fatto, tra loro *non vale*, *quantunque sia ritornato*. Ma quel ch' egli avrà fatto innanzi alla cattività mentr' era nella città, *se è ritornato*, *vale per ragione del postliminio*, *o se è morto tra gl' inimici*, *vale per la legge Cornelia*.

Per l' intelligenza di questo paragrafo convien riportarsi a quello che abbiam detto sul *postliminium*, e sulla posizione del cittadino preso dagl' inimici (t. p. 339 e seg.). In reassunto noi abbiam veduto 1° che tutto ciò che appartiene all' esercizio de' dritti, tutto ciò che consiste nel fatto, o nell' azione gli è tolto *durante la sua cattività*, e non sarà mai avuto per fermo o che ritorni, o che si muoia presso il nemico; 2° che tutto quel che consiste in dritti (*quae in jure consistunt*) trovasi non distrutto per lui, ma sospeso (*in suspenso retinentur*, *non abrumpuntur*), e se ritorna gli sarà acquistato, per effetto del *postliminium*, come se non fosse stato in potere degl' inimici (*pro eo ac si numquam iste hostium potitus fuisset*), 3° da ultimo che s' egli muore tra gl' inimici, sarà per tutt' i suoi dritti reputato morto non nella schiavitù, ma nel momento che fu preso (*quasi tunc decessisse videtur cum captus est*). Applichiamo questi principi al testamento.

Non valet, *quamvis redierit*: Perchè si tratta d' un testamento *fatto tra* gl' *inimici*, cioè dell' esercizio del dritto: di un fatto, di un atto operato dal prigione ne' ceppi della schiavitù.

Sive redierit valet jure postliminii. Perchè essendo fatto il testamento *innanzi alla presura*, non si tratta più dell' esercizio del dritto, ma solamente del dritto in se medesimo, il quale si trova non già distrutto, ma sospeso per la cattività, e che si reputa non essere mai stato perduto, se la condizione del ritorno si avvera.

Sive illic decesserit, *valet ex lege Cornelia*. Secondo il rigore de' principi, il prigione morto tra gl' inimici era morto schia-

vo; per lui non si era verificato il *postliminium*, egli avea patito la gran diminuzione di capo, era morto non avendo più dritto alcuno, nè per conseguente quello di lasciare un testamento valido. Tale fu il rigore del dritto fino alla legge CORNELIA *de falsis*, la quale addomandasi eziandio *lex* CORNELIA *testamentaria*. Questa legge, che fu pubblicata in sul finire della Repubblica (anno di R. 686), è tra il numero de' plebisciti che furon fatti sotto la dittatura di Cornelio Silla, e che presero tutti egualmente per denominazione il nome del dittatore seguito dalla indicazione del soggetto che trattavano (*Hist. du droit* p. p. 210). La legge *Cornelia de falsis* introdusse una nuova questione criminale contro i reati di falso, e principalmente contro il falso in materia di testamenti, di cui essa previde i differenti casi, comunque avesse luogo per alterazione, radiazione, o supposizione di disposizioni testamentarie, rottura, o falsa apposizione di suggelli, distornamento, o soppressione dell' atto, o in qualunque altro modo. Trovasi nelle sentenze di Paolo un titolo intero consacrato a questa legge, ed un altro nel Digesto (1). Se la legge Cornelia si fosse attenuta al rigore del dritto per rispetto al testamento del cittadino morto prigione tra gl' inimici, non avrebbe riguardati come punibili gli atti commessi contro il testamento di costui; conciosiachè esso sarebbe stato irreparabilmente nullo. Ma al contrario per una speciale disposizione applicò ad essi la medesima pena, come se il testatore non fosse mai caduto in potere del nemico, ma fosse morto cittadino (*perinde ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent. — Atque si in civitate decessisset*); dal che seguita che l' eredità, le tutele, e tutte le altre disposizioni contenute in siffatti testamenti si trovano confermate dalla legge Cornelia: *Lex Cornelia confirmat*: tali sono le espressioni de' diversi giureconsulti pervenute in fino a noi (2). Questo principio fu esteso: così per via di conseguenza fu applicato alle tutele, ed

(1) Paul. Sent. lib. 4. tit. 7: *De lege cornelia* § 1. « *Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit poena legis Corneliae de falsis tenebitur, id est in insulam deportatur.* » Dig. 48. 10. — (2) Così si esprime Ulpiano al titolo 23. *Reg.* § 5. « . . . *Ex lege Cornelia quae perinde successionem ejus confirmat atque si in civitate decessisset;* » e nel Digesto 28. 3. 6. § 12. § 12.—Giuliano nel Digesto 28. 1. 12; e nel medesimo libro tit. 6. f. 28.—Paul. nelle sue sentenze lib. 3. tit. 4. § 8.

alle credità legittime (1); finalmente a tutte le parti del dritto, e ne fu fatta questa regola generale che già abbiam riferita: « *In omnibus partibus juris is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est* » (2). E questo i comentatori han chiamato *finzione della legge Cornelia*; ma siffatta espressione non appartiene a' giureconsulti romani; i quali dicono sempre: per la legge Cornelia, pel benefizio della legge Cornelia: *ex lege Cornelia, beneficio legis Corneliae.*

TITULUS XIII. — TITOLO XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM. — DEL DISEREDARE I DISCENDENTI.

Il dritto primitivo non imponeva alcuna restrizione al capo di famiglia per la disposizione testamentaria de' suoi beni. « Quelle espressioni delle dodici tavole: *Uti legassit suae rei ita jus esto*, ci dice Pomponio, pare che attribuiscano il più ampio potere nell' istituzione degli eredi, nella concessione de' legati, delle libertà, e nel conferimento delle tutele; ma ciò fu ristretto sì per la interpetrazione, e sì per l'autorità delle leggi, e di coloro che stabiliscono il dritto (3) cioè de' pretori, e degl' imperadori.

In fatti la giurisprudenza considerò che le persone sottoposte alla potestà, o sotto la mano del capo di famiglia facendo in certo modo con lui un solo e medesimo essere collettivo, quanto alla proprietà, e dopo la sua morte raccogliendo questa proprietà come se succedessero a se medesime, come se fossero eredi di se stesse, tanto che eran chiamate *heredes sui*, bisognava, per escluderle da questa propria successione, che tale intenzione fosse almeno formalmente dichiarata. Dal che venne la necessità imposta al capo di famiglia di istituire siffatte persone, o di diseredarle.

Del rimanente siccome il capo di famiglia restò interamente libero di far l' una cosa o l' altra, purchè il dichiarasse, siffatta condizione gli fu imposta meno per incatenare la sua volontà, che per renderla certa, ed assicurarne l' esecuzione, affinchè non vi fosse da dubitare se egli avesse voluto realmente escluderle,

(1) « ... *Beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur.* » Paul. Sent. 3. 4. § 8. — (2) D. 49. 15. 18. f. Ulp. — (3) D. 50. 16. 120. f. Pomp.

ovvero se solamente per obblio, o per non sapere ch' elle esistessero, non vi avesse avuto considerazione.

Non si conosce con precisione l'origine di questo nuovo dritto, ma esso era già in uso al tempo di Cicerone, il quale nel suo trattato dell' oratore ne fa menzione (1).

Si poteva diseredare in due maniere o *nominatamente* cioè indicando colui che s' intendeva diseredare, pel suo nome, *Titius filius meus exheres esto*, o almeno per un' indicazione precisa individuale, come se, avendo un solo figliuolo, si fosse detto: *filius meus exheres esto*, il che i romani appellavano *nominatim exheredare*; ovvero si faceva collettivamente cioè comprendendo tutte le persone in una diseredazione generale, come: *ceteri exheredes sunt*; il che dicevasi *inter ceteros exheredare*. Alcune persone non potevano esser validamente diseredate che nominatamente, altre poi anche in massa *inter caeteros*.

D'altra parte se i figliuoli non erano nè istituiti, nè diseredati, benchè vi fosse stato a lor favore qualche legato, o fedecommesso, non per questo meno si reputavano trasandati; perciocchè rispetto all' eredità eravi per loro effettualmente omissione.

Una cosa ben importante a notare è che per esservi luogo a diseredare alcuno (*exheredem scribere*, *exheredare*), cioè per escluderlo dall'eredità (*ex hereditate repellere*) bisognava che vi fosse chiamato dalla legge. La quistione adunque di sapere quali eran coloro, che il capo di famiglia dovea necessariamente diseredare quando non li volesse per suoi eredi, riducesi a sapere da prima chi eran coloro che eran chiamati alla sua eredità, e di poi quali erano gli eredi *suoi*; perciocchè l' obbligazione esisteva rispetto a costoro solamente. Sicchè la necessità del diseredare intimamente si lega al dritto di successione *ab intestato* degli eredi *suoi*; l' una cosa ha seguito le vicende dell'altra. Or siccome a riguardo delle successioni *ab intestato* in generale, e della classe degli eredi *suoi* in particolare noi vedremo che sono da distinguere accuratamente tre ordini di sistemi: il dritto civile primitivo, il dritto pretorio, ed infine il dritto introdotto dagl' imperadori, così parimenti relativamente al diseredare sono da fare cosiffatte tre distinzioni. Questo è presso a poco l' ordine seguito dalle Instituzioni nello esporne

(1) Cic. de Orat. 1. 38. — Valer. Max. lib. 7. cap. 7. ex. 1.

le regole copiando quasi parola a parola le Istituta di Gaio in questa materia.

Non tamen ut omnino valeat testamentum sufficit haec observatio, quam supra exposuimus; sed qui *filium in potestate habet* curare debet ut eum heredem instituat, vel exheredem nominatim faciat. Alioquin si cum silentio praeterierit inutiliter testabitur: adeo quidem ut et si vivo patre filius mortuus sit, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet *ab initio non constiterit* testamentum. Sed non ita *de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus* utriusque sexus antiquitate fuerat observatum: sed si non fuerant scripti heredes, scriptaeve, vel exheredati, exheredataeve, testamentum quidem non infirmabatur, sed *jus adcrescendi* eis praestabatur ad certam portionem. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter caeteros facere. Nominatim autem quis exheredari videtur sive ita exheredetur: TITIUS MEUS EXHERES ESTO; sive ita: FILIUS MEUS EXHERES ESTO, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

Non basta però l' osservanza delle esposte regole a far sì che il testamento vaglia, perchè colui che ha un *figliuolo in sua potestà* debbe aver cura d' istituirlo erede, ovvero nominatamente diseredarlo; altrimente, non facendosi menzione alcuna di lui, il testamento sarà vano in tanto che se il figliuolo sarà morto, vivendo il padre, niuno sarà erede per quel testamento; perciocchè *da principio non è stato valido*. Ma non è stato osservato così dagli antichi *nel caso delle figliuole e degli altri discendenti per linea maschile* dell'uno e dell'altro sesso, perchè non essendo scritti, o scritte eredi, ovvero diseredati o diseredate, il testamento per questo non s'indeboliva, ma si dava loro il *dritto d' accrescere* fino ad una certa porzione. E non era eziandio necessario ai padri di nominatamente diseredare quelle persone, ma era lecito farlo in fra gli altri. Si direda poi nominatamente in questo modo: Tizio mio figliuolo sia diseredato, o semplicemente: il mio figliuolo sia diseredato non vi aggiungendo il nome, quando però non vi sia altro figliuolo.

Filium in potestate. Il dritto civile qui non considera che i figliuoli sottoposti alla potestà del capo, o la moglie posta sotto la sua mano (*in manu*); solo costoro sono parti nella comproprietà di famiglia e per conseguenza *sui heredes*.

Risulta dal testo che i figliuoli debbono esser *nominatamente* diseredati, e che se non sono nè istituiti eredi, nè diseredati, il testamento è da principio radicalmente nullo.

Ab initio non constiterit. Questo era un punto controvertito tra le due sette di giureconsulti. « I nostri maestri, dice Gaio parlando de' Sabiniani, pensano che l' istituzione sia nulla fin dal principio, ma gli autori dell' opposta scuola (*i Proculiani*) pensano che, se il figliuolo innanzi la morte del padre non sia più nella fa-

miglia (*interceptus est*), siccome egli non fa più ostacolo, l'eredità si possa acquistare in forza del testamento (1). « L'opinione contraria prevalse, e questa è quella che Ulpiano, Paolo, ed infine le Instituzioni di Giustiniano han seguita senza muoverne più dubbio (2).

De filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus. Rispetto alle figliuole, a' nipoti, od altri discendenti, il legame della potestà paterna erasi tenuto sempre come meno importante, meno forte che a riguardo de' figliuoli. Per questa ragione una sola mancipazione bastava nel primo caso per distruggerlo, mentre che pel figliuolo se ne richiedevano tre. Noi troviamo all'occasione del diseredare una differenza fondata sulla medesima idea. Così: 1. le figliuole, i nipoti, le nipoti, ed altri discendenti possono esser diseredati *inter caeteros* per la formola generale *et caeteri exheredes sunto*, nella quale si trovano tutti compresi; 2. se questi sono stati omessi, non però sarà nullo il testamento, ma solo le figliuole e i discendenti omessi verranno in concorso con gli eredi istituiti a prendere una determinata parte nella successione.

Per virilem sexum descendentibus, dice il nostro testo, perchè solo costoro son della famiglia, *sui heredes*; i figli delle figliuole, ed altri discendenti per via di donne non ne fanno parte, siccome abbiamo innanzi spiegato in esponendo la composizione delle famiglie; aggiugniamo eziandio all'occasione de' nipoti, ed altri discendenti, che la necessità d' istituirli o diseredarli si applica solamente a coloro che si trovano sotto l'immediato potere del testatore, loro avolo; perciocchè se essi son preceduti dal padre loro, questi è l'*erede suo* che debb' esser istituito, o diseredato, e non essi.

Jus adcrescendi ad certam portionem. In caso di omissione essi vengono ad unirsi agli eredi istituiti nel testamento ed a prendere in concorso con costoro una parte, la quale varia secondo che questi eredi sono *heredi suoi* ovvero estranei. Nel primo caso le figliuole o i discendenti omessi prendono una parte virile una parte d' erede: essi contano per un erede di più; nel secondo caso prendono la metà: « *Scriptis heredibus adcrescunt*, dice Ulpiano, *suis quidem he-*

(1) Gai. 2. § 123.—(2) Ulp. Reg. 22. 16.—D. 28. 2. 7. f. Paul.—Nondimeno Papiniano in un certo caso decide, che malgrado la sottigliezza del dritto (*licet subtilitas juris refragari videtur*), se il figliuolo omesso si astiene dall' eredità che *si è devoluta a' suoi fratelli*, la volontà del testatore *a riguardo de' legati e delle libertà* sarà protetta per equità (*ex aequo et bono*), D. 28. 3. 17.

redibus, in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam » (1).

I. *Postumi* quoque liberi, vel heredes institui debent, vel exheredari. *Et in eo par omnium conditio est*, quod et filio postumo, et quolibet ex ceteris liberis sive masculini sexus sive feminimi praeterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi, sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua postumus, aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus postumae vel nominatim vel inter caeteros exheredari solebant, dum tamen inter caeteros si exheredentur, aliquid eis legetur, *ne videantur praeteritae esse per oblivionem*. Masculos vero postumos, idest filium, et deinceps placuit non recte exheredari *nisi nominatim exheredentur* hoc scilicet modo: QUICUMQUE MIHI GENITUS FUERIT EXHERES ESTO.

1. Parimente i discendenti postumi debbono essere istituiti eredi, o diseredati *e la loro condizione è uguale* perciocchè omesso il figliuolo, o figliuola, o nipote postumo, il testamento vale per l'erede, ma come è nato il postumo o la postuma, il testamento si rompe, e non vale. Laonde se la donna, dalla quale si sperava che dovesse nascer figliuolo o figliuola abortisce, non arreca impedimento alcuno agli eredi scritti, sì ch'essi non possano andar all'eredità. Ma le persone di sesso feminile si solevano diseredare nominatamente, o infra gli altri, purchè, essendo diseredate infra gli altri, fosse lasciata loro qualche cosa, acciocchè non paresse che per dimenticanza fossero state lasciate indietro. Piacque poi che i postumi cioè i figliuoli, e tutti gli altri discendenti si dovessero nominatamente diseredare in questo modo: Qualunque figliuolo mi sarà generato, sia diseredato.

Postumi. In questo paragrafo si tratta de' postumi propriamente detti, di quelli che son nati dopo la morte del padre, secondo la definizione data da Ulpiano: « *Postumos autem dicimus eos duntaxat qui post mortem parentis nascuntur* » cioè in materia di testamento, di quelli che son nati dopo la morte del testatore (2).

Tutt' i postumi in generale erano incapaci d'esser istituiti eredi, o di ricevere alcun legato; perocchè riguardo al testatore mor-

(1) Ulp. Reg. 22. 17. — Nel caso che vi sieno insieme degli eredi suoi, e degli estranei si segue la medesima regola combinandola rispettivamente per ciascuno. Paolo benissimo, e brevemente ne espone le conseguenze in questo esempio: « Filio, et extraneo aequis partibus heredibus institutis, egli dice, si praeterita adcrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit. » Paul. Sent. 3. 4. bis. 8. — (2) Ved. quel che abbiam detto de' postumi t. I. p. 337.

to innanzi la loro nascita, essi erano persone incerte: or *incerta persona heres institui non potest* (1).

Nondimeno poteva intervenire che il postumo, benchè incapace d'esser istituito per testamento, nascesse erede *suo* del testatore: se, a cagion d'esempio, era un figliuolo, del quale avea lasciata incinta la moglie, o un nipote che la sua nuora già vedova alla morte di lui, avea dato alla luce dopo che egli era passato di questa vita. In questo ed altri simiglianti casi il figliuolo già conceputo, vivente il testatore, e che al momento della morte di lui, quantunque ancora nel seno della madre, trovavasi sotto l'immediata potestà di lui, nasceva di sua ragione, ed erede *suo*, come di già abbiamo particolarmente spiegato t. 1 p. 358 e seguenti.

Che diveniva dunque il testamento del defunto? Il testamento si rompeva per la nascita del postumo; perciocchè sarebbe stata ingiusta cosa e contraria eziandio alla intenzione del testatore, il conservare un testamento, nel quale questo figliuolo non avea potuto ricever nulla, e così spogliarlo compiutamente dell' eredità paterna. Ma da un altro lato questo era un caso, nel quale il dritto di testare trovavasi inevitabilmente impedito, senza che pur fosse possibile di porvi riparo nella preveggenza della nascita che potesse sopravvenire.

Quindi fu forza permettere al testatore di regolare le sue dissposizioni testamentarie comprendendovi tal postumo, che fu allora permesso d'istituire. Aquilio Gallo giureconsulto degli ultimi tempi della repubblica immaginò anche una formola, che ci è conservata nel Digesto, con l'ajuto della quale diveniva regolare la istituzione anche de' figliuoli postumi che non si trovavano in questa condizione, ma che potevano trovarvisi col tempo, per esempio il nipote che potesse nascere da un figliuolo ancora vivente: facendo un'istituzione condizionale pel caso che questo figliuolo conceputo avendo innanzi alla morte del testatore perduto suo padre, dovesse nascer *sui juris e suus heres* (2). In fine si giunse a tale che la condizione comechè non espressa si avea sempre per sottintesa.

Da quel tempo si distinsero i postumi in due classi cioè: i po-

(1) Ulp. Reg. 22. 4. — (2) « Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit. *Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur natus, nata erit, heredes sunto.* » (D. 28. 2. 29. pr. f. Scaev.).

stumi *suoi* (*postumus suus*) quelli che debbono nascere tra gli eredi suoi del testatore, ed i postumi estranei (*postumus alienus*), tutti quei che non debbono nascere tra questi eredi, quantunque, per altro, fosser membri della famiglia: « *Est autem alienus postumus*, dice Gaio, *qui natus inter suos heredes testatori futurus non est* (1). Le disposizioni testamentarie rimasero sempre proibite dal dritto civile a riguardo de' postumi estranei; ma i postumi suoi poterono essere istituiti, e ricevere dal testamento del capo di famiglia.

Come conseguenza di siffatta capacità divenne possibile, ed in pari tempi necessario il diseredarli, se non si voleva averli eredi, affinchè, nascendo in qualità di eredi suoi, non si rompesse il testamento.

In eo par omnium conditio est. Non vi ha alcuna distinzione riguardo ai postumi in quanto all' effetto della loro omissione sulla validità del testamento. Sia un figliuolo postumo, o una figliuola, un nipote o qualunque altro discendente postumo che sia stato omesso, il testamento non è però meno valido nel principio; perciocchè al tempo della sua formazione questi postumi non esistevano, non vi era per loro dritto veruno, e per conseguenza niuna necessità attuale di diseredarli; ma per la loro nascita, o si tratti di un figliuolo, o d' una figliuola, o di qualsiasi altro, il testamento, nel quale sono stati trasandati, trovasi rotto.

Quanto al modo di diseredare eravi una differenza tra i postumi di sesso feminile, e quei di sesso maschile: i primi potevano esser compresi nella diseredazione generale *inter ceteros*; i secondi doveano esser diseredati nominatamente.

Ne videantur praeteritae per oblivionem. Avendo detto il testatore: « *Ille mihi heres est, caeteri exheredes sunto* », le donne postume potevano trovarsi comprese in questa diseredazione collettiva; ma come provare a questo riguardo l' intenzione del testatore? come distinguere se avea pensato ad esse, preveduta la possibilità della loro nascita, e voluto diseredarle? La menzione speciale che il testatore ne avesse fatta lasciando loro collettivamente un legato, per quanto si voglia piccolo, somministrava questa pruova: potevasi dire nel testamento: « *Ille mihi heres esto, ceteri exheredes sunto*: *postumae vero meae, si qua nascetur, centum solidos do, lego* », ed allora non vi avea dubbio alcuno: le donne postume si trovavan comprese nella diseredazione *inter caeteros*.

(1) G. 2. § 241.

Nisi nominatim exheredentur. Ma come dinotare pel loro nome postumi non ancora nati? dice Teofilo. Ciò debbesi intendere d'una indicazione nominale della classe de' postumi, e non d'una indicazione individuale: *quisquis mihi postumus natus fuerit exheres esto*; ovvero quella che dà il testo, o semplicemente *quicumque mihi nascetur; postumus exheres esto; venter exheres esto*, o altre somiglianti. Se non si volea diseredare che alcuni tra loro, era mestieri indicarli, per esempio, per l' indicazione della madre: *qui ex Seia nascetur* o in qnalunque altro modo (1).

II. Postumorum autem loco sunt et hi qui in sui heredis loco succedendo quasi adgnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce si quis filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat: quia filius gradu praecedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque, et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipiunt nepos, neptisve in ejus loco succedere, et eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium, vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem, neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere, vel exheredare, ne forte eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpant testamentum. Idque lege *Junia Velleia* provisum est, in qua simul *exheredationis modus ad similitudinem postumorum* demonstratur.

2. E sono eziandio in luogo di postumi coloro che succedendo nel luogo d'un erede suo quasi nascendo divengono suoi eredi dell'ascendente. Come sarebbe se alcuno avesse un figliuolo, e di lui un nipote o una nipote in sua potestà, perchè il figliuolo precede di grado egli solo ha il dritto di suo erede, quantunque il nipote, e la nipote nati di lui sieno medesimamente in potestà. Ma se vivendo egli, muoia il suo figliuolo, o per qualch'altra cagione esca di sotto al paterno potere, il nipote, o la nipote comincia a succedere in suo luogo, ed acquistarsi in questa maniera quasi nascendo i dritti di suo erede. Acciocchè dunque non si rompa il testamento per cosiffatto modo, siccome il testatore debb' istituir necessariamente il figliuolo, o diseredarlo nominatamente, acciocchè il testamento sia ben fatto, così gli è necessario istituire o diseredare il nipote o la nipote nati dal figliuolo, acciocchè, morto per avventura il figliuolo, essendo egli ancora vivo, il nipote o la nipote succedendo in suo luogo non rompano quasi per nascita il testamento. La qual cosa è stata provveduta dalla legge *Giulia Velleia*, nella quale è posto il modo *di siffatta diseredazione a similitudine di quella de' postumi.*

(1) È bene di leggere su questo paragrafo, ed in generale su tutto questo titolo la parafrasi di Teofilo che dà delle spiegazioni molto chiare. — Ved. anche Dig. 28. 3. 3. § 5. f. Ulp.

Tutto quello che sotto al precedente paragrafo abbiam detto non ha relazione che ai postumi propriamente detti, agli eredi suoi nati dopo la morte del testatore. Ma poteva incontrare che, vivente lui, dopo la formazione del suo testamento gli sopravvenissero nuovi eredi suoi, la cui agnazione, cioè aggiunzione alla famiglia venisse a rompere il testamento. Il male in tal caso non era irrimediabile: il testamento era rotto; ma siccome il testatore viveva ancora, poteva farne un altro tenendo conto del nuovo erede suo che gli era nato. Sicchè la permissione di istituire, o diseredare anticipatamente i postumi era stata dall'uso introdotta unicamente per quelli che nascerebbero, dopo la morte del testatore, e non per quelli che nascerebbero, vivente lui, dopo la formazione del testamento. A riguardo di questi ultimi una legge posteriore e speciale, (la legge JUNIA VELLEIA) fu quella che provvide che il loro nascimento non rompesse inevitabilmente il testamento (*voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum*) permettendo d'istituirli, o diseredarli. Cosicchè Ulpiano riassume in queste parole il dritto riguardo ai postumi: « *Eos qui in utero sunt si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili* (cioè secondo il dritto civile risultante dall'uso, e dall'interpretrazione): *si vero viventibus nobis, ex lege Julia* » (Si dee leggere *Junia*) (1).

Lege Junia Velleia. Questa legge *Junia* (così è nomata da Gaio, e non già *Julia*) (2), fu pubblicata negli ultimi anni dell'impero di Augusto l'anno 763 della fondazione di Roma. Essa conteneva parecchi capi.

Il primo era relativo a' figliuoli non nati ancora al tempo della formazione del testamento, ma che potevano nascere dipoi suoi eredi anche vivente il testatore; essa permetteva di istituirli, o diseredarli anticipatamente, benchè questo fosse contrario alle regole del dritto comune; conciosiachè questi al tempo del testamento erano persone incerte. Una parte del testo relativo a questo capo ci è stata conservata: « *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit* . . . . . (probabilmente potrà istituirlo o diseredarlo) *etiamsi parente vivo nascatur* » (3).

(1) Ulp. Reg. 22. 19. — (2) Gai. 2. 134. — D. 28. 3. 13. — (3) D. 28. 2. 29. § 12. f. Scaev.

Il secondo capo era relativo ai nipoti del testatore già nati al tempo della formazione del testamento, ma che non si trovavano allora nel numero degli eredi suoi, perchè eran preceduti dal loro padre nella famiglia, e per conseguenza nell'eredità. In questa posizione il capo di famiglia poteva per certo istituirli se voleva, giacchè erano già nati, e capaci di ricevere, ma noi abbiamo veduto qui sopra (p. 300) ch' egli non doveva, anzi non poteva diseredarli, respingerli dall' eredità, essendochè non vi erano chiamati. Nondimeno poteva accadere che il padre, il quale li precedeva, si morisse, fosse emancipato, o uscisse per qualunque modo della famiglia, vivendo ancora il testatore, e così, eglino passassero nella prima linea, e divenissero in suo luogo suoi eredi, e per questa quasi agnazione, o sorta di aggiunzione rompessero il testamento, nel quale non erano stati istituiti, nè era stato lecito diseredarli. La legge JUNIA VELLEIA prevedendo questo caso permise al testatore non già d' istituirli, giacchè regolarmente potevano essere istituiti, ma di diseredarli, comechè ancora non fossero eredi suoi (*posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi*), acciocchè la loro quasi-agnazione non rompesse il testamento. Il frammento del testo che ci è stato conservato su questo secondo capo, è espresso colle seguenti parole: « *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus . . . . . . in locum suorum sui heredes succedunto* » (1).

Exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. Cioè, dice Teofilo, i discendenti maschi nominatamente, e le donne *inter caeteros*, purchè si lasci loro qualche legato, come riguardo ai postumi. Alcuni comentatori interpretano queste parole *exheredationis modus* nel senso, che la legge *Junia Velleia* indicava la maniera di fare cotal diseredazione, *condizionalmente*, come Aquilio Gallo l' avea indicata pei postumi.

I discendenti ai quali la legge *Velleia* si riferiva, vengono dinotati col nome di *quasi postumi velleiani.*

L' agnazione di un erede suo dopo la formazione del testamento poteva sopravvenire in più altri modi che per la nascita: per esempio nel dritto antico, se dopo il testamento una moglie (*uxor*) cadeva sotto la mano del testatore (*in manu*); se il figliuolo dato in

(1) D. 28. 2. 29. §§ 13. e 14. f. Scaev.

mancipazione era francato per la prima , o per la seconda volta , e rientrava per questo modo sotto la paterna potestà ; ovvero se il figliuolo prigione appresso agl' inimici, faceva ritorno ; se, per la morte dell' avolo trovandosi il figliuolo capo di famiglia , i suoi figliuoli divenivano eredi suoi di lui ; o in fine se il testatore adottava qualcuno posteriormente al testamento. In questi diversi casi l'agnazione posteriore rompeva il testamento, salvochè non si fosse precedentemente fatta l'istituzione di erede o la diseredazione. Non pertanto in molti di questi casi l'anticipata diseredazione non avrebbe potuto aver luogo anche dopo la legge *Junia Velleia* : tali erano i due primi; e sotto Giustiniano anco il caso dell' adozione , come più innanzi vedremo.

III. Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, *quia non sunt sui heredes*. Sed praetor omnes tam feminini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredare jubet : virilis sexus nominatim , feminini vero inter caeteros. Quod si neque heredes instituti fuerint , neque ita , ut diximus exheredati , permittit eis praetor *contra tabulas testamenti bonorum possessionem*.

3. Per dritto civile non è necessario istituire, o diseredare i discendenti emancipati, *perciocchè non sono eredi suoi*. Ma il pretore comanda che tutti tanto maschi , quanto femine, non volendosi istituire eredi, si diseredino, i maschi nominatamente , le femine in fra gli altri, e non essendo istituiti eredi, nè come abbiam detto , discredati, il pretore permette loro *la possessione de' beni contra le tavole del testamento*.

Quia non sunt sui heredes. In fatti essendo la qualità di erede suo essenzialmente annessa all' esistenza nella famiglia sotto la potestà del capo , il discendente che n' era uscito o per emancipazione , o per altro qualsisia modo, non era più erede suo , e secondo il principio che abbiamo stabilito, non poteva riguardo a lui aver luogo la diseredazione. Ma noi vedremo al titolo delle successioni *ab intestato* che il pretore avendo riguardo solamente al legame naturale , e non al legame di famiglia ristabilì nella classe di eredi suoi , e fe concorrere con questi eredi tutti i figliuoli o discendenti in prima linea del defunto, benchè avesser cessato di essere nella famiglia : dando loro non già l' eredità civile , ma un dritto ereditario pretorio , la possessione de' beni , quella che nominavasi *unde liberi* , per la quale i figliuoli eran chiamati al primo ordine degli eredi *ab intestato*.

Da quel punto sorse pel padre che faceva il testamento la ne-

cessità di istituire i suoi figliuoli, o diseredarli, cioè ributtarli da quella specie di eredità pretoria, alla quale erano chiamati.

Contra tabulas testamenti bonorum possessionem. Se questi figliuoli son trasandati, la lor omissione non costituisce, secondo il dritto civile alcuna nullità nel testamento, essendochè, secondo il dritto civile essi non sono eredi. Così il testamento in principio è valido, ed il pretore riconosce la sua esistenza. Ma per far rispettare il dritto di possessione de' beni ab intestato, che egli avea attribuito a'figliuoli, dà loro contro le tavole di questo testamento una nuova possessione di beni (*contra tabulas testamenti bonorum possessionem*), per la quale possano far considerar quest' atto come non avvenuto, e venir così all' eredità, come se non vi fosse testamento. Questa possessione ogni qual volta eravi stato qualche figliuolo omesso poteva esser richiesta anche da coloro ch' erano stati istituiti.

Il pretore in questa totale rescissione del testamento per la possessione de' beni *contra tabulas* non avea fatta alcuna differenza tra i figliuoli omessi di sesso maschile, e quelli di sesso feminile. Di tal che in questo caso, e per siffatta possessione di beni le donne omesse aveano più vantaggi che non ne aveano secondo il dritto civile quelle che erano realmente *sui heredes*: dappoichè per la possessione de' beni *contra tabulas* elle faceano rimuovere interamente il testamento, mentrechè pel dritto civile non aveano che il dritto di accrescimento per una determinata parte. « Questa è la ragione perchè recentemente, dice Gaio, l'imperadore Antonino significò con suo rescritto, che le donne non otterrebbero per la possessione de' beni oltre a quello che avrebbero ottenuto pel dritto di accrescimento (1). E questo noi già sapevamo da Teofilo.

IV. Adoptivi liberi quamdiu sunt in potestate patris, ejusdem juris habentur cujus sunt justis nuptiis quaesiti. Itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt secundum ea quae de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili, neque quod ad edictum praetoris attinet inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso quod ad natu-

4. I figliuoli adottivi fino a tanto ch' essi sono in potestà del padre adottivo sono della medesima ragione che i figliuoli avuti da giuste nozze. Laonde si debbono istituire eredi, o diseredare secondo quel modo che abbiamo detto favellando de' figliuoli naturali. Ma gli emancipati dal padre adottivo non sono annoverati tra i figliuoli nè per dritto civile, nè per quel-

(1) Gai. 2. §§ 125, e 126.

ralem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit. Cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.

lo del pretore. Per la qual cosa avviene per il contrario che essi mentre che sono nella famiglia adottiva, si hanno rispetto al padre naturale come persone estranee, e però non è bisogno istituirli eredi, o diseredarli. Ma se saranno emancipati dal padre adottivo, allora cominciano ad essere in quella condizione in che sarebbero quando fossero stati emancipati dal padre naturale.

Da ciò che abbiam detto sull'adozione (t. 1. p. 312 e seg.) (t. 1. p. 320 e seg.) possiamo concludere che secondo il dritto civile il figliuolo dato in adozione non era più erede suo del suo padre naturale, giacchè era uscito di sotto al suo potere; e però questi non avea l'obbligo, anzi neppur la possibilità di diseredarlo. Ma essendo divenuto il figliuolo di famiglia, e per conseguente, l'erede suo del padre adottivo, a costui si aspettava istituirlo, o diseredarlo come ogni altro figliuolo sottoposto alla sua potestà.

Se l'adozione era distrutta, ed il figliuolo uscito della famiglia adottiva per l'emancipazione, allora questi secondo il dritto civile non avea più ragione alcuna in veruna famiglia; non nella famiglia naturale, giacchè erane uscito per effetto dell'adozione, non nella famiglia adottiva, giacchè per l'emancipazione vi era divenuto estraneo. Ma il pretore veniva in suo soccorso. Egli avendo riguardo al legame naturale, gli avea data la possessione de' beni *unde liberi* tra i figliuoli, non già nella successione del padre adottivo, col quale non rimaneva più alcuna sorta di legame, ma in quella del suo padre naturale, se però questi era ancor vivo al tempo dell'emancipazione. Dal che nasceva che il padre naturale, allorchè faceva testamento, avea l'obbligo d'istituire, o diseredare questo figliuolo; perciocchè in caso di omissione, il pretore avrebbegli data la possessione di beni *contra tabulas* non altrimenti che la dava a' semplici emancipati.

V. Sed haec quidem vetustas inducebat. Nostra vero constitutio nihil inter masculos, et feminas in hoc jure interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur, et lege antiqua duodecim Tabularum omnes si-

5. Ma le sopradette cose erano introdotte dall'antichità. Ora giudicando noi che in questo caso non vi sia differenza tra i maschi e le femine, perciocchè l'una e l'altra qualità di persone concorrono ugualmente secondo la loro natura alla procreazione de' figliuo-

militer ad successionem ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur; ideo simplex ac simile jus et in filiis, et in filiabus et in ceteris descendentium per virilem sexum personis non solum jam natis sed etiam postumis introduxit; ut omnes sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel exheredentur, *et eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda*, et hereditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint. Circa adoptivos autem filios *certam induximus divisionem* quae in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.

li, e d'altra parte per la legge antica delle XII Tavole eran tutti similmente chiamati alla successione ab intestato, il che poi è stato da' Pretori osservato; per tutto questo con la nostra costituzione abbiamo introdotto un semplice, e somigliante dritto ne' figliuoli, nelle figliuole, ed in tutti gli altri discendenti per sesso maschile non solamente nati, ma eziandio postumi, cioè che tutti o suoi, o emancipati che siano si abbiano ad istituir nominatamente eredi, ovvero a diseredar nominatamente, e che essi *abbiano il medesimo effetto quanto all' infermare i testamenti de' padri* ed al prender l'eredità, che hanno i figliuoli suoi o gli emancipati che siano già nati, o che essendo ancora nel ventre, sian nati dipoi. E quanto a' figliuoli adottivi abbiamo introdotto una certa divisione la qual si contiene nella nostra costituzione che abbiamo fatta sopra gli adottivi.

Eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda. Tuttavia con questa differenza che viene dalla natura stessa delle cose, che nel caso di omissione de' figliuoli esistenti, ed aventi dritto di eredità al momento della formazione del testamento, il testamento è nullo dal principio, ma nel caso di omissione de' postumi, o di coloro che ad essi sono assomigliati, il testamento valido nel principio è solamente rotto per la loro agnazione, o quasi-agnazione. Sicchè ne' due casi l'effetto è il medesimo in questo senso che il testamento perde la sua forza per intero, qualunque sia il figliuolo trasandato; ma nel primo vi ha nullità fin dal principio, nel secondo, rottura susseguente.

Certam induximus divisionem. Si tratta della distinzione tra i due casi d'adozione: 1° quello in cui un figliuolo è dato in adozione ad un estraneo (*extraneo*); e per estraneo intendesi ognuno che non è ascendente; 2° quello in cui è dato ad un ascendente. Noi sappiamo che, nel primo caso, l'adottato resta sempre sotto la potestà, ed è per conseguenza erede suo del suo padre naturale; questi dunque è obbligato d'istituirlo, o diseredarlo.

Quanto al padre adottivo, sappiamo che il figliuolo non acquista sulla sua eredità che de' dritti *ab intestato*, pel caso che non vi sia testamento, ma se ve ne sia stato uno, egli vi può essere impunemente lasciato addietro. Il padre adottivo non è obbligato nè d'istituirlo, nè di diseredarlo. Il dritto antico adunque è tutto mutato.

Ma nel secondo caso, cioè quando si tratta di adozione fatta da un ascendente, il dritto antico è conservato qual era, ed allora bisogna applicare ciò che si è detto de' figliuoli adottivi nel precedente paragrafo.

Riassumendo, secondo il dritto nuovo di Giustiniano, le differenze che erano tra il figliuolo da un lato, e le figliuole o nipoti dall'altro; e, riguardo ai postumi, tra quelli di sesso maschile, e quelli di sesso feminile sono abolite tanto sotto il rispetto del modo, che sotto il rispetto degli effetti della diseredazione.

Sotto il rispetto del modo: la diseredazione debb'esser fatta nominatamente o sia che si tratti d'un figliuolo, o d'una figliuola o d'un nipote, d'un postumo di sesso maschile, o di sesso feminile. Ben inteso che la diseredazione de' postumi *nominatamente* fatta debb'intendersi nel senso che abbiamo qui sopra spiegato pag. 306

Sotto il rispetto degli effetti: l'omissione trae sempre la nullità intera del testamento; quella delle figliuole, o de' nipoti egualmente che quella del figliuolo; quella de' postumi di sesso feminile, egualmente che quella de' postumi maschi. Con questa differenza però che in quest'ultimo caso il testamento non è nullo fin dal principio, ma solamente si rompe per la nascita del postumo.

Il dritto pretorio riguardo a' figliuoli emancipati trovasi confermato. Giustiniano pe' dritti di eredità de' figliuoli, e per conseguente per la necessità della loro diseredazione ha solo riguardo al legame naturale, non già al legame di potestà. In quanto a' figliuoli adottivi egli introduce un dritto nuovo, che noi abbiamo già esposto al titolo dell'adozione t. 1. p. 319.

VI. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos, vel postumos nominatim non exhaeredaverit, sed praeterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione no-

6. Ma se il soldato occupato in una spedizione di guerra farà testamento, e non diserederà i suoi discendenti già nati, o i postumi nominatamente, ma li passerà sotto silenzio sapendo bene ch' egli ha discendenti, si è ordinato a-

minatim facta valere constitutionibus principum cautum est.

per costituzioni de' principi che cotal silenzio si abbia come se egli li avesse nominatamente diseredati.

Il testamento militare non è, propriamente parlando, dispensato dalle regole relative alla diseredazione de'figliuoli, ma solamente dalle forme di cosiffatta diseredazione. Così il soldato non è obbligato di dichiarare nominatamente la sua intenzione, e neppure espressamente; basta che risulti dall'atto, o che si tratti di figliuoli già nati, o di postumi: « *Et si ignoraverit praegnantem uxorem... hoc tamen animo fuit, ut vellet quisquis sibi nasceretur exheredem esse.* » Essa può anche risultare dal suo solo silenzio, se si provi ch'egli conoscéva l'esistenza de' figliuoli, o la gravidanza della moglie. Quì dunque, come in tutto ciò che risguarda i testamenti militari, la cosa riducesi a quistione d'intenzione (1).

VII. Mater, vel avus maternus necesse non habent liberos suos, aut heredes instituere aut exheredare; sed possunt eos omittere. Nam silentium matris, aut avi materni caeterorumque per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Nec enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem, neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat exheredare necesse est; sive de jure civili quaeramus, sive de edicto praetoris, quo praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem permittit: sed *aliud eis adminiculum* servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.

7. Alla madre, ovvero all'avolo materno non è necessario istituir eredi i loro discendenti o diseredarli, ma si possono lasciar addietro senza farne menzione; perciocchè il silenzio della madre o dell' avolo materno e di tutti gli altri ascendenti per via della madre opera quel medesimo che la diseredazione del padre. Perocchè la diseredazione non è necessaria nè alla madre che non istituisce erede il figliuolo, o la figliuola, nè all'avolo paterno che non istituisce il nipote, o la nipote nati dalla sua figliuola, tanto se secondo il dritto civile, quanto se per l'editto del pretore si voglia esaminar la cosa, pel quale editto il pretore permette il possesso de' beni a' discendenti omessi, contra le tavole del testamento. Ma si appresta a questi figliuoli un altro aiuto, il quale fra poco si dirà.

L'origine del dritto di diseredazione fondato sull' esistenza d'una comproprietà di famiglia, e sulla qualità di erede suo, avea dovuto per se medesima render cosiffatto dritto interamente estraneo a tutto ciò che riguardava le successioni della madre, e degli ascen-

(1) D. 29. 1. 7. f. Ulp. — 33 § 2. f. Tertull. — 36. § 2. f. Paul.

denti materni, nelle quali i discendenti non aveano alcuna comproprietà di famiglia; ed in fatti esso non fu esteso a cotali successioni nè per l' interpretazione, nè pel dritto pretorio, nè pel dritto imperiale, benchè i discendenti vi avessero gradatamente ottenuto vari dritti di eredità ab intestato.

Aliud adminiculum. Questo aiuto è quello che trovasi esposto qui appresso al titolo XVIII. e si dà a' discendenti contro i testamenti, ne' quali sono stati ingiustamente diseredati dagli ascendenti materni.

TITULUS XIV. — TITOLO XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS. — DELL' ISTITUIRE GLI EREDI.

Dopo aver ragionato delle forme del testamento, del testatore, e delle persone diseredate siamo giunti a ciò che riguarda gli eredi, e primamente la loro istituzione.

Su questo soggetto avremo ad esaminare: 1° che cosa è l'istituzione, e come debb' esser fatta; 2° quali son coloro che possono essere istituiti; 3° come l'eredità può esser divisa tra loro; 4° quali sono i modi e le condizioni, che il testatore può o non può imporre all' istituzione. Con quest' ordine procedono i paragrafi di questo titolo.

1° *Che cosa è l' istituzione, e come debb' esser fatta.*

L' istituzione è l' indicazione di colui, o di coloro, che il testatore vuol per eredi. Essa è ciò che la legge delle XII. Tavole, ed il linguaggio del dritto primitivo intendevano per l' espressione generale *legare* cioè *legem testamenti dicere*, ma col tempo la parola *legare* prese una significazione più ristretta, ed allora la scelta dell' erede fu per contrapposto indicata dalle parole *heredem instituere, heredem scribere*, o altre somiglianti.

L' istituzione d' erede è come il capo, ed il fondamento (*veluti caput et fundamentum totius testamenti*); da essa riceve il testamento la sua esistenza e la forza (*testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*). In fatti è mestieri che vi sia un continuatore della persona giuridica, prima che gli si possa comandare di far qualche cosa. L' istituzione è quella che distingue il testamento da

tutti gli altri atti di ultima volontà: da che vi è un' istituzione l'atto è un testamento, e debb' esser rivestito di tutte le debite forme. Se non vi è istituzione, l'atto non è un testamento. Tutte le altre disposizioni di ultima volontà non sono che accessori dell' istituzione, perchè esse altro non sono che leggi imposte all' erede. Di tal che se cade l'istituzione, per modo che o per rifiuto di accettare, o per qualunque altra cagione non vi sia alcun erede per virtù del testamento, tutte le altre disposizioni che vi erano contenute, cadono egualmente.

E però secondo il dritto romano l'istituzione dovea esser posta nel principio del testamento (*caput testamenti*); ogni disposizione di legato, di manomissione, od altro, messa innanzi all' istituzione era come non avvenuta. Non si era ammessa eccezione che per la sola diseredazione, la quale naturalmente poteva precedere l'istituzione per prepararle in certo modo il posto (1), e per benigna interpetrazione, anche per le tutele (ved. t. 1. p. 363). Siffatta necessità inevitabile risultamento della natura stessa delle cose al tempo dell' antico testamento fatto ne'comizi, o per la emancipazione, parve di poi una sottigliezza, e Giustiniano la tolse via: purchè v' abbia l'istituzione di erede nel testamento, ciò basta, ed a nulla monta in qual parte del testamento essa si ritrovi (2).

L' istituzione non poteva anticamente esser fatta che con parole solenni, ed imperative, secondo lo stile della legge (*legis modo legare* secondo le XII. Tavole) « *Ante omnia requirendum est*, dice Gaio, *an institutio heredis solemni more facta sit*; » ed aggiugne che l' istituzione solenne è questa: TITIUS HERES ESTO. Non pertanto, secondo il medesimo giureconsulto, e secondo Ulpiano, al tempo loro si erano di già approvate e ricevute quest' altre maniere d'istituzione: TITIUS HERES SIT; TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO; ma queste TITIUM HEREDEM ESSE VOLO; HEREDEM INSTITUO; HEREDEM FACIO erano generalmente riprovate (3). Costantino II, anno 339 di G. C. tolse via la necessità di cosiffatte istituzioni solenni, e da allora bastò che l' intenzione d' istituire erede fosse ben espressa, poco importando di quali parole si fosse usato (4).

(1) D. 28. 5. 1. pr. f. Ulp. — (2) Gai. 2. 229. Inst. 2. 20. 34.—(3) Gai. 2. 116 e 117. — Ulp. Reg. — (4) C. 6. 23. 15. c. Costant. — V. ciò che ne abbiam detto *Histoire du droit* p. 315.

2° *Quali son coloro che possono essere istituiti.*

Quelli, risponde Ulpiano, che hanno la fazione del testamento col testatore (*qui testamenti factionem cum testatore habent*). Si tratta della fazione di testamento presa nel secondo senso per rispetto alla capacità d' essere istituito erede e di ricevere per testamento.

I *peregrini*, i deportati, i deditizi non godevano del dritto civile, e però non aveano questa fazione di testamento; neppure i Latini Giuniani, salvo che non divenissero cittadini prima di andare all' eredità.

Tra i Romani le donne per la legge VOCONIA, sotto la repubblica (anno 585 di Roma), erano state colpite d' una incapacità di ricevere per testamento, della quale non conosciamo bene l' estensione (1); i celibi (*coelibes*) per la legge JULIA, e le persone senza figliuoli (*orbi*) per la legge PAPIA POPPEA sotto Augusto (2).

Non era lecito istituir persone incerte; per esempio: il primo che verrà alle mie esequie. Si reputavano tali, e non potevano per conseguenza essere istituite le municipalità e i loro collegi, alle quali non pertanto i senato consulti avean permesso di poter essere istituite da' loro servi francati; gl' Iddii (il che si debbe intendere de' templi), ad eccezione di quelli che i senato-consulti, o le costituzioni imperiali permettevano di prender per eredi: tali erano Giove Tarpeio, Apollo di Didima, Marte nella Gallia, ed alcuni altri annoverati da Ulpiano (3); i postumi, e generalmente le persone non ancora nate al tempo del testamento. Noi abbiam veduto come fecesi eccezione alla regola in favore de' postumi suoi, per modo ch' essa non si applicò più che ai postumi estranei (4).

Sotto Giustiniano tutte cosiffatte distinzioni son cessate: non

(1) Gai. 2. § 274. Paul. Sent. 4. 8. 22. — Ved. su questa legge la memoria letta all' Istituto dal nostro collega ed amico sig. Giraud. — (2) Noi abbiamo sufficientemente parlato di queste leggi nell' *Histoire du droit* p. 253. — (3) « . . . *Sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Dydimaeum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipelensim quae Smyrnae colitur, et coelestem Salinensem Carthaginis* ». Ulp. Reg. 22. 6. — (4) Ved. su tutti questi particolari Ulp. Reg. 22. 1. e seg. — G. 2. 285, e seg.

accade più di far questione nè di deditizi, nè di Latini Giuniani, nè di *coelibes*, nè di *orbi*, nè di Giove Tarpeio, nè degli altri Dei del paganesimo. La capacità di ricevere è renduta alle donne. Giustiniano permette anche d' istituire le persone incerte, purchè sieno state sufficientemente presenti al pensiero del testatore, siccome più appresso spiegheremo tit. 20 §. 25. E però le municipalità, i loro collegi, e le altre corporazioni legalmente stabilite possono esser istituite eredi, siccome pure tutti i postumi senza distinzione.

Ma ci ha delle altre altre cause d' incapacità di ricevere per testamento. Così oltre ai *peregrini*, ed ai deportati, sono eziandio al tutto privi della fazione di testamento i figliuoli de' condannati per crimenlese (*filii perduellium*) (1), gli apostati, e gli eretici (2).

Da un alto lato son colpiti d'incapacità relativa i figliuoli incestuosi, ed i loro padri o madri, i quali non possono rispettivamente instituirsi eredi (3); e d' una incapacità nel tempo medesimo relativa e parziale il secondo sposo in caso di seconde nozze, quando esistono figliuoli del primo letto (4); ed i figliuoli naturali, quando vi son figliuoli legittimi (5). Tranne questi diversi casi, si può dire che tutti i Romani, ed i loro schiavi per essi hanno la fazione del testamento.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines, quam servos, et *tam proprios, quam alienos*. Proprios autem servos olim quidem secundum plurium sententiam *non aliter quam cum libertate* recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem introduximus, sed quoniam aequius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Massurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. *Proprius autem servus* etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum

Egli è permesso che si possano istituire eredi tanto gli uomini liberi, quanto gli schiavi, e tanto i *propri schiavi, quanto gli altrui*. E ne' tempi andati non era lecito istituire eredi i nostri schiavi, secondo il parere di più giureconsulti, *se non con la libertà*. Ma oggi è permesso, per nostra costituzione, d'istituirli eredi eziandio senza far menzione alcuna di libertà. La qual cosa non abbiamo introdotta per amor di novità ma perchè era giusta, e Paolo riferisce ne' libri ch'egli scrisse a Massurio Sabino, ed in quegli altri che mandò a Plauzio, che quest' opinione era pia-

(1) C. 9. 8. 5. § 1. — (2) C. 1. 7. 3. — 1. 5. 4. § 2. — (3) C. 5. 5. 6. — (4) C. 5. 9. 6. — (5) G. 5. 27. 2.

habente. Est autem casus, in quo nec cum libertate civiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi, et Antonini cavetur, cujus verba haec sunt. « *Servum adulterio maculatum* non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur ut in eumdem a domina collata heredis institutio nullius momenti habeatur ». *Alienus servus etiam is intelligitur*, in quo usumfructum testator habet.

ciuta ad Atilicino. S' intende poi *per servo proprio* anche colui nel quale il testatore abbia la nuda proprietà, e un altro l'usufrutto. Ma ci è un caso, che lo schiavo non è rettamente istituito erede dalla padrona, eziandio ch' egli abbia la libertà, siccome è provveduto dalla costituzione de' divini Severo ed Antonino, le parole de' quali son queste: « Il servo accusato di adulterio non è rettamente francato nel testamento di quella donna, che è stata accusata rea del medesimo delitto, innanzi che sia pronunziata la sentenza. Laonde ne seguita, che l' istituzione dello schiavo fatta dalla padrona non sia di alcun momento: » *Colui eziandio s' intende schiavo d'altri*, nel quale il testatore ha l' usufrutto.

Tam proprios quam alienos. Egli è da distinguer bene questi due casi: l' istituzione degli schiavi propri del testatore, e quella degli schiavi altrui. Noi ne svolgeremo le conseguenze nel paragrafo seguente.

Ma lo schiavo in niuno di questi due casi era istituito per se stesso, in quanto egli era schiavo. Nel primo, egli era instituito con la libertà, come quegli che alla morte del testatore dovea divenir libero, nel secondo non era istituito che per conto del suo padrone, e solamente se si avea la fazione di testamento col suo padrone: « *Alienos servos heredes instituere possumus*, dice Ulpiano, *eos tamen quorum cum dominis testamenti factionem habemus* » (1). Così lo schiavo d' un *peregrinus* non avrebbe potuto essere istituito.

Non aliter, quam cum libertate. Noi abbiamo innanzi accennato la dissensione degli antichi giureconsulti a questo riguardo, e la decisione di Giustiniano, secondo la quale, la manomissione testamentaria risulta sufficientemente e necessariamente dall' istituzione che il padrone fa del suo schiavo, senza che sia mestieri di esprimerla (t. I, p. 248).

(1) Ulp. Reg. 22. 9.

Servum adulterio maculatum. Fino a tanto che l' accusa di adulterio portata contro una donna per complicità col suo proprio schiavo non era stata, per una sentenza di assoluzione, purgata, questa donna eziandio venendo a morte prima della sentenza (*ante sententiam*) non poteva validamente francare per testamento il suo schiavo coaccusato; perciocchè lo schiavo accusato, o testimone poteva esser messo alla tortura, or la manomissione ne lo avrebbe sottratto (1). Ella dunque non poteva neppure istituirlo erede, perciocchè lo schiavo non è validamente istituito erede dal suo padrone se non in quanto ne abbia la libertà.

Proprius autem servus etiam is intelligitur. — *Alienus servus etiam is intelligitur*. Queste son due casi inversi. Essendo l' usufrutto un dritto sulla cosa altrui, ne risulta che lo schiavo è, rispetto al nudo proprietario, suo proprio schiavo, e rispetto all' usufruttuario, schiavo altrui. Dal che seguita che se questo schiavo sia istituito erede dal nudo proprietario, o dall' usufruttuario, sarà mestieri applicare, nel primo caso, le regole dell' istituzione degli schiavi propri del testatore, e nel secondo, quelle dell' istituzione degli schiavi estranei. Nel dritto antico la manomissione fatta dal solo nudo proprietario non dava la libertà: « *A proprietatis domino manumissus liber non fit*, dice Ulpiano, *sed servus sine domino est* » (2). Giustiniano modificò questo dritto: lo schiavo divien libero e francato dal nudo proprietario; ma continua a servir di fatto all' usufruttuario sino al termine dell' usufrutto; egli acquista a se stesso; per conseguenza profitta dell' istituzione, che il testamento del nudo proprietario gli ha lasciata con la libertà (3).

I. Servus autem a domino suo heres institutus *si quidem in eadem causa manserit*, fit ex testamento liber, heresque necessarius. *Si vero a vivo testatore manumissus fuerit*, suo arbitrio adire hereditatem potest: quia non fit heres necessarius cum utrumque ex domini testamento non consequitur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea

1. Lo schiavo istituito erede dal suo padrone *se rimane nella medesima condizione* si fa libero pel testamento, ed erede necessario. Ma s'egli sarà stato francato, vivendo il testatore, può andar all' eredità a suo piacere; perciocchè egli non è erede necessario, non avendo per testamento del suo signore l' una, e l' altra cosa, cioè l' eredità e la libertà. Ma s' egli sarà alie-

(2) D. 28. 5. 48. § 2. f. Marci. — 31. 2. 76. § 4. f. Papin. — (3) Ulp. Reg. 1. 19. — (4) C. 7. 15. 1.

ratione per eum dominus fit heres. Nam ipse alienatus neque liber, neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit; *destitisse enim a libertatis datione videtur dominus*, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duravit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo aut vivo testatore, aut post mortem ejus *antequam adeat*, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hereditatem.

nato, debb'accettar l'eredità per comandamento del nuovo padrone, ed il suo padrone per suo mezzo diviene erede; perciocchè, essendo alienato, non può esser nè libero, nè erede eziandio che fosse istituito erede con la libertà. In fatti il padrone alienandolo *par che si sia rimasto dal volergli dare la libertà*. Similmente l'altrui schiavo istituito erede se rimane schiavo del medesimo padrone, dee per suo comandamento andar all'eredità; ma s'egli sarà alienato, vivendo il testatore, o dopo la sua morte, *innanzi che accetti l'eredità*, debbe accettarla per comandamento del nuovo padrone. Se poi sarà stato manomesso, vivendo il testatore, o dopo la sua morte, innanzi ch'egli vada all'eredità, può andarvi, siccome libero, a suo piacere.

Prima di esaminar partitamente le disposizioni di questo paragrafo bisogna ricordarsi ciò che abbiam già detto qui sopra p.225 che, nel caso d'istituzione d'uno schiavo, la speranza delll'eredità sta nella persona di questo schiavo, e la segue nelle sue diverse condizioni fino a che il dritto sia definitivamente acquistato. Di tal che se prima di cosiffatto acquisto, lo schiavo passi da padrone a padrone, l'istituzione, secondo l'energica espressione di Ulpiano, cammina col dominio (*ambulat cum dominio*); se lo schiavo divien libero, essa è per lui; se egli muore, svanisce.

Ciò posto, il primo caso, di cui ci dobbiamo intrattenere col testo, è quello dello schiavo istituito dal suo padrone. A questo riguardo sono da distinguere due differenti ipotesi: 1° se lo schiavo è restato nella medesima condizione, cioè in potere del testatore; 2° se egli ne è uscito, o per manomissione, o per alienazione prima della morte del testatore.

Si quidem in eadem causa manserit. Fin tanto che lo schiavo resta nella medesima condizione, in potestà del testatore, egli non si trova istituito, che in quanto è fatto libero, l'eredità non può a lui pervenire se non gli pervenga nel tempo medesimo la libertà;

la validità dunque della sua istituzione dipende essenzialmente da quella della manomissione espressa, o tacita che trovasi nello stesso testamento. Se dunque la manomissione è nulla o perchè fatta in frode de' creditori, o per la cagione particolare accennata nel precedente paragrafo, o per qualsivoglia altra, l' istituzione è parimente nulla, e siccome questa nullità esiste fin dal principio, così l' istituzione non produce alcun effetto, eziandio se lo schiavo mutasse posteriormente di condizione. Similmente, se la manomissione sia stata fatta sotto condizione, e questa venga a mancare, stando tuttora lo schiavo in potestà del testatore, siccome la manomissione trovasi svanita, così similmente svanirà l' istituzione, senza che possa più rivivere, anche quando la condizione dello schiavo si cangiasse da poi (1). Ma se la manomissione è valida e si mantiene, lo schiavo dalla morte del testatore, o dall' adempimento della condizione, se ve n' è alcuna non avverata al tempo della morte, diviene in un tempo medesimo e di pieno dritto libero, ed erede necessario. Si avverta bene che in questo caso non v' è mestieri di accettazione ovvero adizione alcuna, affinchè si acquisti l'eredità, perciocchè essa si acquista incontanente, e necessariamente (t. I p. 246).

Si vero a vivo testatore manumissus fuerit: Se lo schiavo istituito erede dal suo padrone muta condizione, ed esce dal suo potere prima della morte di lui, o per manomissione tra vivi, o per alienazione, la natura della sua istituzione trovasi mutata, e diviene in tutt' i conti da questo momento ciò che sarebbe nel caso dello schiavo altrui. Da ciò due conseguenze: 1° l' istituzione dello schiavo non dipende più dalla sua manomissione testamentaria: da questo momento adunque poco importerebbe che questa manomissione fosse fatta nel testamento sotto condizione, e che la condizione eziandio mancasse: l' istituzione non resterebbe per questo meno valida (2); 2° l' eredità non sarà più acquistata di pieno dritto e necessariamente alla morte del testatore, ma solamente al momento dell' adizione, e per l' effetto appunto dell'adizione, e si acquisterà al padrone dello schiavo, per comando del quale egli farà l' adizione, se l' istituito è ancora schiavo, in quel tempo, ed allo stesso istituito, se è divenuto libero.

Destitisse enim a libertatis datione videtur. Come può accade-

(1) D. 2. 5. 38. § 3. f. Ulp. — (2) D. 28. 5. 38. § 2. f. Ulp.

re che il mutamento di volontà indicato dall' alienazione dello schiavo sia sufficiente per rivocare la manomissione testamentaria, e non rivochi poi l' istituzione? La ragione è che la manomissiome, il dono della libertà per testamento, è una spezie di legato: or il mutamento di volontà anche tacito basta, come appresso vedremo, per rivocare i legati, ma le istituzioni non si possono rivocare che formalmente per via di un testamento posteriore.

Antequam adeat. Oltre il caso che lo schiavo sia erede suo e necessario, quello a che si dee sempre por mente, per sapere a chi si è acquistata l'eredità, è l' adizione; perciocchè per essa sola, e da questo solo momento ha luogo l' acquisto.

II. Servus autem alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et *cum hereditariis servis est* testamenti factio. Nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti: cum etiam *ejus, qui in utero est,* servus recte heres instituitur.

2. L' altrui schiavo è rettamente istituito erede anche dopo la morte del suo padrone, perciocchè si ha fazione di testamento *con gli schiavi di un'eredita.* In fatti l' eredità che non ancora si è accettata, rappresenta la persona del morto, e non quella dell' erede futuro, e così si può eziandio istituire erede lo schiavo *di colui che è ancora nel ventre.*

Cum hereditariis servis est testamenti factio: Se però si avea la fazione di testamento col defunto; perciocchè, secondo quello che abbiam detto pagina 259, fino a che l'eredità non è acquistata, essa continua, e rappresenta la persona giuridica del defunto.

Ejus qui in utero est, servus: Vale a dire lo schiavo di un' eredità, alla quale è chiamata una persona conceputa ma non ancora nata; del resto lo schiavo non sarà istituito per conto di questo bambino conceputo, futuro erede, ma sibbene per conto del defunto, che continua ad esser rappresentato dall' eredità fino alla nascita del fanciullo, ed all' acquisto dell' eredità.

III. Servus plurium cum quibus testamenti factio est *ab extraneo* institutus heres, unicuique dominorum cujus jussu adierit pro portione dominii adquirit hereditatem.

3. Lo schiavo di più padroni, coi quali si possa far testamento istituito erede da estranea persona acquista l'eredità a' padroni che gli avranno comandato di accettare, in proporzione de' loro dritti di proprietà su di lui.

Questa è una conseguenza del principio generale che abbiamo stabilito pag. 227 sull' acquisto per mezzo degli schiavi comuni.

Ab extraneo. Ma se fosse istituito da uno de' padroni solamente, che cosa si dovrebbe decidere? È mestieri distinguere: 1° se nel medesimo testamento questo padrone l' ha fatto libero *espressamente* ed istituito erede, la sua intenzione è stata di renderlo libero ed erede suo e necessario; e però bisogna applicare la nuova decisione di Giustiniano quì sopra esposta pag. 206 relativamente alla liberazione degli schiavi comuni. Lo schiavo sarà libero, ed erede suo e necessario del defunto, e gli altri comproprietari saranno compensati del danno; 2° se per contrario il padrone l' ha istituito senza dargli espressamente la libertà, o senza che questa volontà possa dedursi dalle sue disposizioni, allora si può dire che egli per rispetto agli altri suoi padroni lo ha istituito come schiavo altrui, in conseguenza l'eredità si acquisterà proporzionatamente ai comproprietari, che gli comanderanno di accettarla. Del rimanente questo punto dopo la legislazione di Giustiniano pare che si riduca ad una quistione d' intenzione del testatore: ha egli voluto farlo libero, o ha voluto istituire per suo mezzo i suoi comproprietari?

Queste sono in reassunto le regole sulla fazione di testamento quanto alla capacità d' essere istituito. Vedremo più innanzi al §. 4. del titolo XIX. in quali epoche dee cosiffatta capacità trovarsi negli eredi.

3° *Come l'eredità può esser divisa.*

Il principio generale che dominar deve in questa materia è che, salvo i privilegi de' soldati, il testatore non può morire parte testato, e parte intestato. Dunque l' istituzione de' suoi eredi, o che ne nomini un solo, o che ne nomini più, dee per necessità comprendere tutta quanta l' eredità, niuna parte non può rimanerne fuori. Di tal che se il testatore, per esempio, istituendo un solo erede non l' ha istituito che per una parte della sua successione: per un terzo, un quarto, o per un oggetto determinato, per il tal podere, nondimeno l'istituzione varrà per tutta l' eredità, fatta astrazione da queste particolari indicazioni, che si terranno come non avvenute: « *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione.* » (1).

(1) D. 28. 4. 1. § 4. f. Ulp. — Questo testo ha *solus institutus* perc-

IV. Et unum hominem et plures in infinitum, quot quis velit heredes facere licet.

4. Egli è lecito istituire un solo erede, e molti eziandio senza numero, quanti piacerà al testatore.

Ma tutti costoro bisogna che abbiano tutta l'eredità, e niente altro che l'eredità, senza che alcuna parte resti vacante, e senza che nulla possa loro essere attribuito di più. Se dunque il testatore nelle istituzioni da lui fatte ha compreso meno dell'eredità, o più che l'intera eredità, queste istituzioni debbono tutte proporzionatamente essere aumentate nel primo caso, e scemate nell'altro per modo che tutte le loro parti comprendano tutta l'eredità, e nulla più. Questo ci mena ad esaminare come si poteva a talento del testatore far questa distribuzione dell'eredità tra più istituiti. Per maggior chiarezza noi esporremo nel suo insieme tutto ciò che ha riguardo a tal materia indipendentemente dal testo, la cui intelligenza si renderà per tal modo più facile e chiara.

Se il testatore ha istituito più eredi, dichiarando d'istituirli a parti eguali (*ex aequis partibus*), o ciò che torna lo stesso, senza far dichiarazione niuna, allora non v'è difficoltà: l'eredità sarà divisa egualmente tra loro: si faranno tante parti quanti sono gli eredi.

Ma può avvenire che il testatore non voglia trattarli egualmente. L'idea più naturale è di assegnare a ciascuno qualche parte dell'eredità: per esempio in caso d'istituzione di tre eredi, ad uno un quarto, ad un altro una metà, ed al terzo il quarto che rimane. In questo, ed altri somiglianti esempi agevolmente si vede che un quarto, una metà, ed un altro quarto formando un intero, il testatore ha distribuito tutta quanta l'eredità nè più nè meno. Ma s'egli avesse assegnato delle parti differenti pel loro denominatore: per esempio all'uno un terzo, all'altro un quarto, a questo un quinto, a quello due settimi, avverrebbe 1° che di rado queste frazioni di diversa natura formerebbero per la loro unione un intero esatto, cioè l'eredità, ma per contrario quasi sempre comprende-

chè se vi erano degli altri eredi istituiti in termini generali, non essendovi più la ragione che abbiamo accennata, quelli sarebbero i soli eredi, e colui o coloro che fossero stati istituiti solamente per un fondo, o per altro oggetto determinato sarebbero semplicemente legatari di questo fondo o di questo oggetto: la parola *istituiti*, di cui il testatore per avventura si fosse servito a loro riguardo, sarebbe in questo caso un'espressione impropria.

rebbero o più, o meno; 2° che sarebbe necessaria un' operazione matematica per riconoscere se esse agguaglino l' intero, se lo eccedano, o se sieno minori; ed in questi ultimi due casi, per ridurle o aumentarle ciascuna proporzionatamente in modo da formar tutta l' eredità, e nulla più; 3° che il testatore medesimo non potrebbe abbastanza valutare le sue disposizioni, e troverebbesi confuso per queste diverse considerazioni a fare.

I Romani avean trovato un sistema ingegnoso che permetteva al testatore di assegnare quante parti ei voleva a quanti eredi gli piaceva, di aumentarne, o diminuirne il numero, senza brigarsi del valore totale, il quale in diffinitivo dovea sempre ritrovarsi equivalente all' intera eredità nè più, nè meno. Questo sistema consisteva in attribuire a ciascun erede, quale che si fosse il lor numero, una quantità di parti a talento del testatore: per esempio a Tizio tre parti, a Cornelio cinque, a Stico due, a Gaio quattro (e così pel resto, o che gli eredi fossero due, o tre, o cinque, o più) senza indicare per per ciascuno d' essi il valore di queste parti. Per conoscere queste parti al tempo della divisione dell' eredità bastava fare la somma delle parti distribuite nel testamento, e se ve ne avea in totalità quattordici come nel nostro esempio, o dieci, o quindeci o qualunque altro numero, ciascuna parte valeva allora un quattordicesimo, un decimo, un quindicesimo, o qualunque altra frazione corrispondente dell' eredità, la quale per siffatto modo non potevasi trovar nè oltrepassata, nè vacante in parte.

Il testatore era perfettamente libero a questo riguardo; egli poteva distribuire due, tre, quattro, cinque parti, o più, ed il valore di ciascuna parte era sempre determinato dal loro numero totale. Nondimeno un' usanza venuta dal sistema di misure de' Romani faceva comunemente distribuir dodici parti e per conseguenza dividere l' eredità in dodicesimi. In fatti l' eredità per similitudine consideravasi come un *asse* cioè come un intero, una unità qualunque da pesarsi, e distribuirsi per peso tra gli eredi. La distribuzione delle parti tra gli eredi era, per così dire, il pesare che dovea farsi (*pondius*) dell' eredità. Or come l' unità di peso si componeva appresso i Romani di dodici once, così s'immaginava che anche l'eredità, si dovesse pesare e dividere per once: a questo due, a quello quattro, cinque, ordinariamente sino alla concorrenza di dodici, e ciascun' oncia (*uncia*) valeva allora un dodicesimo.

Questa era un' usanza non una legge, perciocchè dipendeva sempre dalla volontà del testatore, e dalla distribuzione fatta da lui il determinare se cinque, sette, dodici, quindici once, o altro numero vi dovesse essere nella sua eredità, e se per conseguenza ciascun' oncia dovesse valere un quinto, un settimo, un dodicesimo, un quindicesimo, o qualunque altra frazione dell' eredità.

Ma vi erano de' casi in cui la divisione comune per dodici once era necessariamente presunta, e diveniva così una divisione legale. In fatti, quando che il testatore avrà assegnato a ciascuno degli eredi un numero qualunque di parti, non vi sarà difficoltà veruna, percioochè il totale delle parti distribuite indicherà la divisione ereditaria che il testatore ha voluta. Ma come si avrà a decidere se egli facendo quest'assegnazione per alcuni, avrà lasciato gli altri senza parti determinate? Per esempio Gaio, Valerio, e Sempronio sieno eredi, Gaio per tre once, e Valerio per due? Evidentemente qui non si può dire che l' eredità avrà cinque once solamente, percioochè Gaio, e Valerio avrebbero le loro parti, ma Sempronio non ne avrebbe alcuna, e pure egli è erede. In questo caso si presumerà legalmente che il testatore abbia seguìto la divisione comune, la divisione dell' *asse* ereditario per dodici once: Gaio, e Valerio prenderanno il numero d'once che loro è stato assegnato, l'uno tre, e l' altro due, ed il di più delle dodici once, cioè nella nostra ipotesi le sette rimanenti apparterranno a Sempronio; o se vi sarà più di un erede senza parte, a tutti questi eredi egualmente. Tale sarà in questo caso la distribuziune, il peso dell' eredità: ed in fatti, secondo l' usanza de' Romani l' intenzione del testatore non ha potuto esser altra. Ma se la somma delle once assegnate dal testatore agguaglia, o oltrepassa di già la divisione comune dell' asse, cioè se queste once sono già dodici o più, che si dovrà fare in questo caso? Per esempio Gaio, Valerio, e Sempronio sieno eredi; Gaio per otto once, e Valerio per quattro; o pure Gaio per dieci once, e Valerio per sei. Avendo il testatore già distribuito dodici once nel primo caso, e sedici nel secondo, che cosa resterà a Sempronio? In questo caso si riputerà che il testatore in luogo di fare un solo peso dell' eredità ne abbia fatto due composti ciascuno di dodici once secondo la divisione comune; e sarà come se egli avesse da prima divisa l' eredità in due assi per pesare, e distribuire di poi successivamente ciascuno di

essi per dodici once agli eredi istituiti, il che darà per tutta l'eredità ventiquattro once, e ciascun' oncia non varrà che un ventiquattresimo. Così nell' esempio citato il primo peso di dodici once essendo esaurito, o anche oltrepassato da Gaio e da Valerio, toccherà a Sempronio il secondo peso tutto intero, o il restante del secondo peso cioè dodici once se Gaio e Valerio ne hanno già dodici per loro, ovvero otto solamente, se ne hanno sedici. Questo i Romani appellavano doppio peso (*dupondius*).

Continuando questo sistema vi potrebbe essere eziandio per l'eredità intera un triplice peso o distribuzione (*tripondius*) ciascuna di un asse o dodici once, in tutto trentasei once; o anche un peso quadruplice, in tutto quarantotto once, e così di seguito, se accadesse che, avendo il testatore di già distribuito, o oltrepassato ventiquattro, o trentasei once, avesse tuttavia lasciato qualche erede senza parte.

In somma l'eredità si divide sempre in tante parti eguali, quante ne ha distribuite il testatore; ma s' egli ha lasciato uno o più eredi senza parti, allora solo necessariamente si reputa che abbia seguita la divisione comune, la divisione legale dell' asse in dodici once, per semplice, duplice, o triplice peso, secondo che è mestieri, per fissare la parte di quelli che non ne hanno alcuna.

V. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem ut puta haec: *uncia*, *sextans*, *quadrans*, *triens*, *quincunx*, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans*, *deunx*, *as*. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse, verbi gratia, heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.

5. L'eredità per lo più si divide in dodici once, le quali tutte si contengono sotto questa voce asse. E tutte queste parti hanno i loro propri nomi cominciando dall' oncia fino all' asse, cioè *uncia*, *sextans*, *quadrans*, *triens*, *quincunx*, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans*, *deunx*, *as*. E l'eredità non si divide sempre in dodici once, perciocchè tante once vanno a fare un asse, quante piacerà al testatore, e se per esempio, alcuno istituirà un solo erede in sei once, tutto l'asse si viene a contenere in quelle sei once, perciocchè il testatore non debb'essere parte testato, e parte intestato, se non fosse per avventura soldato, la sola volontà del quale si ha in considerazione nel testare. E per il contrario alcuno può divider l'eredità in quante once gli pare.

Sextans un sesto dell'asse, o due once; *quadrans* un quarto, o tre once; *triens* un terzo o quattro once; *quincunx* cinque once; *semis* la metà, o sei once; *septunx* sette once; *bes* (contrazione di *bis-triens*) due terzi, o otto once; *dodrans* (contrazione di *de* privativo, e di *quadrans*) l'asse meno un quarto, cioè tre quarti, o nove once; *dextans* (contrazione di *de* privativo, e di *sextans*) l'asse meno un sesto, cioè cinque sesti o dieci once; *deunx* (contrazione di *de* privativo, e di *uncia*) l'asse meno un oncia, cioè undici once.

VI. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, *aequis partibus* eos heredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit: et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eamdem partem concurrent. Si vero totus as completus sit, ii qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille, vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus an medius an novissimus sine parte heres scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quae vacat.

6. Ma se molti saranno istituiti eredi, ed il testatore voglia ch'essi sieno eredi a parti eguali, basta istituirli senza distinguer le parti. Ma non volendo che gli eredi sieno eguali, bisogna assegnar nominatamente le parti, perciocchè chiara cosa è che non facendosi menzione delle parti, il testatore vuole che gli eredi sieno *eguali nelle parti*. Ma se ad alcuni eredi saranno assegnate le parti, e qualcuno sarà nominato senza assegnamento di parti, questi sarà erede di quella parte la quale manca a finir l'asse. E se sono scritti più eredi senza assegnamento di parte, tutti concorreranno in una medesima parte. Ma se tutto l'asse è compiuto, quelli ai quali son assegnate le parti son chiamati alla metà, e colui, o quegli altri tutti all' altra metà. E non importa che l'erede istituito senza assegnamento di parte sia scritto erede in principio, o nel mezzo, o nel fine, perciocchè s'intende che sia data quella parte che vaca.

Aequis ex partibus eos heredes esse. Si faranno, come abbiam detto qui sopra (p. 326), tante parti eguali, quanti saranno gli eredi; tuttavia aggiugniamo, che se più persone sono state istituite congiuntamente, cioè insieme per modo che non abbiano a formare per l'eredità che una sola persona collettiva, essi nella divisione si computeranno solamente per uno, e tutti prenderanno una

sola parte: « *Titius heres esto*; *Sejus*, *et Maevius heredes sunto.* » L'opinione di Procolo è vera, dice Celso, si faranno due parti eguali dell'eredità, ed una se ne darà a Seio ed a Mevio congiuntamente (1).

VII. Videamus si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris sit, veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si, verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.

7. Vediamo che sia di ragione se qualche parte resti vacua, essendo a ciascuno degli eredi stata assegnata la parte, come sarebbe a dire se tre fossero istituiti eredi ciascuno di una quarta parte. Egli è cosa chiara che a ciascuno degli eredi si accrescerà tanto della parte vacante, quanto corrisponde alla parte che egli ha, e si terrà come se ciascuno fosse stato istituito per una terza parte. E per il contrario se fossero scritti più eredi che non sono le parti assegnate, tacitamente s'intende che debba sminuirsi la parte di ciascuno, così se quattro fossero scritti eredi ciascuno in una terza parte, sarebbe da intendere come se ciascuno fosse istituito per la quarta parte.

VIII. Si plures unciae quam duodecim distributae sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest habebit. Idemque erit si dupondius expletus sit: quae omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

8. E se sarà fatta la distribuzione di più di dodici once, colui che è istituito erede senza assegnamento di parte avrà quel che manca a compiere il doppio peso cioè le 24 once, ed il medesimo sarà se queste ventiquattro once saranno parimente esaurite; le quali parti tutte si riducono di poi ad un solo asse, quantunque sieno di più once.

4° *Modi e condizioni che possono o non possono essere imposti all' istituzione.*

IX. Heres et *pure*, et *sub* conditione institui potest; *ex certo tempore, aut ad certum tempus* non potest: veluti POST QUINQUENNIUM QUAM MORIAR, vel EX CALENDIS ILLIS, AD CALENDAS ILLAS HERES ESTO. Denique diem adjectum

9. L'erede può essere istituito *puramente*, e *sotto condizione*, ma non già *da un certo tempo*, nè *per un certo tempo*, come sarebbe a dire: SARAI EREDE DOPO CINQUE ANNI CH' IO SARÒ MORTO, O DALLE CALENDE, O FINO ALLE

(1) D. 28. 5. 59. § 2—Ivi 11. f. Javolen.

haberi *pro supervacuo* placet; et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

TALI CALENDE sarai erede. L'aggiunzione di tal termine si considera come superflua e però siffatta istituzione debbe intendersi come se fosse stata fatta puramente.

Pure. In questo caso il dritto all' eredità apresi per l' erede dal giorno medesimo della morte del testatore.

Sub conditione. Qui l' istituzione dipende dall' adempimento della condizione. Se questa si è già adempiuta, vivendo il testatore, il dritto dell' erede istituito non essendo più incerto, si apre, come nel caso di una istituzione pura e semplice, dallo stesso giorno della morte. Ma se a quest' epoca la condizione non è ancor compiuta, il dritto dell' erede rimane tuttora sospeso, e non si apre che nel giorno dell' adempimento della condizione. Così il giorno dell' adempimento della condizione, nelle istituzioni condizionali prende il posto del giorno della morte del testatore nelle istituzioni pure e semplici. E però tutte le regole, che noi applicheremo in quest' ultimo caso al giorno della morte del testatore relativamente alla capacità dell' erede, debbono per le istituzioni condizionali, essere applicate al giorno dell'adempimento della condizione, e se l' istituito muore prima di questo giorno, siccome muore prima dell' apertura del suo dritto, questo dritto, o meglio questa speranza di dritto svanisce interamente con lui, non altrimenti che se istituito puramente e semplicemente fosse morto innanzi che il testatore morisse.

Ma quando la condizione si è adempiuta, debbesi forse dire, siccome vedremo nelle obbligazioni, che questo adempimento ha un effetto retroattivo, e che il dritto dell'erede condizionale si reputa come aperto dal giorno medesimo della morte del testatore? No, non vi ha alcun effetto retroattivo in questo senso, che l'apertura de' dritti ha luogo sempre nel tempo dell' adempimento della condizione, e non prima; e quindi le condizioni di capacità dell'erede condizionale si regolano solamente secondo quest'apertura nel tempo che abbiamo indicato; infino a questo momento non egli, ma l'eredità si reputa aver sostenuta e continuata la persona del defunto. La qual cosa però non impedirà di applicare in questo caso, come in tutti gli altri la regola generale: che, fatta l'accettazione in qualunque tempo si voglia, l' erede trovasi nella medesima posizione,

che se fosse succeduto al defunto immediatamente dopo la sua morte: « *Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur* » (1). Ma questo è un effetto dell'accettazione, non già dell'adempimento della condizione; questo effetto che più avanti avremo a spiegare parlando dell'accettazione, è generale; esso ha luogo per l'erede condizionale non altrimenti che per l'erede puro e semplice, qualunque intervallo abbiano questi eredi lasciato decorrere tra l'apertura del loro dritto (verificata per l'uno dalla morte, per l'altro dall'adempimento della condizione), e l'epoca posteriore in cui han fatta l'accettazione.

Ex certo tempore aut ad certum tempus. Si domanda perchè questa differenza tra l'istituzione sotto condizione, e l'istituzione a termine? Perchè l'una poteva aver luogo, e l'altra no? La spiegazione è facile, senza che per darla vi sia bisogno di supporre alcun effetto retroattivo nell'istituzione condizionale. L'istituzione a termine non poteva aver luogo, perchè non si poteva essere parte testato, e parte intestato. Or che sarebbe avvenuto nel caso di un'istituzione da un certo termine (*ex certo tempore*): « Tizio sia erede cinque anni dopo la mia morte, » ovvero d'un'istituzione fino ad un certo termine (*ad certum tempus*): « Tizio sia erede per cinque anni? » Nel primo caso fino a tanto che i cinque anni non fossero giunti non vi sarebbe nè vi dovrebbe essere alcun erede testamentario: non vi è a tal riguardo alcuna incertezza che tenga in sospeso il dritto; questo è ben certo: l'eredità testamentaria non comincerà che dopo cinque anni; dunque in questo mezzo sarebbe forza deferire *ab intestato* l'eredità, alla quale niun dritto, niuna speranza di dritto non si potrebbe opporre, e quest'eredità cesserebbe quando l'altra dovrebbe cominciare. Nel secondo caso, quando l'eredità testamentaria avrà durato cinque anni, essa sarà finita, non vi sarà più nè erede, nè speranza di erede testamentario; dunque bisognerebbe anche deferire l'eredità *ab intestato*; di tal che la medesima eredità sarebbe stata per un tempo testata, e per l'altro intestata. L'erede istituito da un certo tempo, (*ex certo tempore*) non succederebbe realmente al defunto, ma sibbene agli eredi *ab intestato*, che lo precederebbero; la

(1) D. 29. 2. 54. f. Florent.

persona del defunto non sarebbe continuata fino a lui dall'eredità vacante, ma dagli eredi *ab intestato*; in fine non si potrebbe applicare a lui la regola generale, che per la fatta accettazione egli si trova come se fosse succeduto al defunto dall'istante della sua morte; perciocchè vi sarebbero degli eredi intermedii in fino a che giunge il termine. Le medesime conseguenze si applicherebbero in senso inverso agli eredi *ab intestato* se si trattasse d'un' istituzione fino ad un certo termine (*ad certum tempus*). Da ultimo nell'uno, e nell'altro caso vi sarebbero degli eredi, che non sarebbero altrimenti eredi, che per un determinato tempo, cioè: gli eredi *ab intestato* nel primo caso, e l'erede testamentario nel secondo: violando il principio che non si può fare che chi una volta è stato erede cessi di esser tale: « *Non potest efficere*, dice Gaio, *ut qui semel heres extitit, desinat heres esse* » (1), Per tutte queste decisive ragioni, le quali si riassumono in questa regola: non si può esser parte testato, e parte intestato, l'istituzione con un termine non poteva aver luogo.

Ma nulla di tutto ciò s'incontrava nell'istituzione condizionale, perocchè eziandio che la condizione non fosse adempiuta, in fino a che poteva adempirsi, vi era speranza di un erede testamentario, e siffatta speranza bastava per escludere la successione *ab intestato*, essendochè questa non poteva aver luogo se non quando era divenuta certa la mancanza di ogni erede testamentario per l'assoluto inadempimento della condizione (2).

Le differenze e le ragioni che quì abbiamo esposte sono così esatte, che noi le troviamo formalmente prodotte in un frammento di Trifonino. I soldati potevano per privilegio morir parte testato, e parte intestato; e però potevano per testimonianza di questo giureconsulto istituire un erede a cominciare da un certo termine, o fino ad un determinato tempo. Che avverrà dunque se un soldato avrà testato in questo modo: *Titius usque ad annos decem heres esto?* Al termine de' dieci anni, dice sempre Trifonino, vi sarà luogo all'eredità *ab intestato* (*intestati causa post decem annos locum habebit*). E s'egli ha testato *ex certo tempore*? fino a che sia giunto il termine, l'eredità sarà deferita *ab intestato*: « *Consequens est ut antequam dies veniat intestati hereditas defera-*

(1) D. 28. 5. 88.—Di qui è venuto quell'adagio: *Semel heres, semper heres.*—(2) D. 29. 2. 30. f. Ulp.—50 17. 89. f. Paul.

tur » (1). Certamente tutto ciò non avrebbe avuto luogo, se il soldato avesse fatta una istituzione non già a termine, ma condizionale; noi dunque troviamo in ciò un esempio evidente della differenza che era tra l' istituzione a termine, e l' istituzione condizionale, e della ragione, che pe' testamenti non militari rendeva l'una impossibile, e l' altra possibile.

Il testo dice *ex certo tempore*: in fatti se si fosse trattato d' un termine non fissato, e determinato nel suo tempo, ma incerto sotto questo rispetto solamente, quantunque dovesse necessariamente giungere, l'istituzione fatta a cominciare da siffatto termine sarebbe stata valida. Così si poteva validamente istituir con questo termine: quando il suo tutore sarà morto; quando la tale persona sarà morta: « *Etiam cum quis moreretur heredem scribi placuit* » (2). E perchè questa differenza tra il termine certo, e l' incerto? Perchè in un testamento il termine incerto forma condizione: « *Dies incertus conditionem in testamento facit,* » dice Papiniano (3). Nondimeno non vi ha dubbio che il tutore, o altra persona indicata morranno; solo il momento della morte è incerto. Noi vedremo che nelle obbligazioni questo non formerebbe una condizione, perchè l' avvenimento non è incerto; ma perchè è altramente ne' testamenti? La ragione è che, secondo le regole particolari sull' apertura e sull' acquisto delle eredità, non basta per aprirsi il dritto all' istituzione, che il tutore o la persona indicata muoia; ma è necessario eziandio che muoia prima dell' istituito, altrimenti questi sarà morto senza aver acquistato alcun diritto. Adunque è come se il testatore avesse detto: « Tizio sarà erede, se il suo tutore, o la tale persona morrà prima di lui; » il che vuol dire che è una vera condizione. Lo stesso avviene pe' legati (4); dunque con ragione si dice: « *Dies incertus conditionem in testamento facit.* »

Pro supervacuo. Notiamo bene le conseguenze: il termine imposto illegalmente non rende nulla l' istituzione, ma si considera come non avvenuto, e l' istituzione come pura e semplice.

Lo stesso ha luogo rispetto alle condizioni, per quelle che non possono legalmente essere imposte.

(1) D. 29. 1. 41. pr.—(2) C. 6. 24. 9. const. Dioclet. e Maxim.—(3) D. 35. 1. 75.—Ulpiano ripete parlando de' legati: « *Dies incertus appellatur conditio* » D. 30. *De Legat.* 1. 30. § 4.—(4) D. 35. 1. 1. § 2. f. Pomp.—79. § 1. f. Pap.—36. 2. 4. f. Ulp.

X. *Impossibilis conditio* in institutionibus, et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.

10. *La condizione impossibile* posta nell'istituzione degli eredi, ne' legati, ne' fedecommessi, e nelle manomissioni si ha come non iscritta.

Impossibilis conditio. Si dice che la condizione è impossibile quando l' avvenimento stesso, che la costituisce è impossibile, perchè è respinto dalla natura stessa delle cose: « *Possibilis est*, dice Paolo, *quae per rerum naturam admitti potest; impossibilis quae non potest* « (1); per esempio, s' egli toccherà il cielo col dito, s' egli berà tutta l' acqua del Tevere. In materia di obbligazioni una somigliante condizione avrebbe cagionato la nullità dell' obbligazione medesima; come più appresso vedremo (Inst. 3 9. 11.); ma in materia di testamenti i giureconsulti eran divisi.

I nostri precettori, dice Gaio parlando de' Sabiniani, pensano che il legato fatto sotto una condizione impossibile è valido, come se questa condizione non vi fosse stata apposta, ma gli autori della contraria scuola (cioè i Proculiani) pensano che il legato sia ugualmente nullo, che la stipulazione: in fatti, aggiugne il giureconsulto tuttochè Sabiniano, a grande stento si può trovare una ragione soddisfacente di siffatta differenza (2). « L' opinione de' Sabiniani ha prevaluto per tutte le disposizioni testamentarie: le condizioni impossibili si hanno come se non vi fossero scritte.

Lo stesso è delle condizioni contrarie alle leggi, o ai costumi: « *Conditiones contra leges et decreta principum, vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti veluti*: SI UXOREM NON DUXERIS, SI FILIOS NON SUSCEPERIS, SI HOMICIDIUM FECERIS, SI BARBARO HABITU PROCESSERIS, *et his similia* « (3). Sono da allogarsi in un ordine separato quelle che costituiscono ciò che i Romani chiamavano istituzioni, o legati captatorii (*captatoriae institutiones*) cioè fatte per provocare una liberalità reciproca in pro del testatore. Per esempio: *Qua ex parte Titius me heredem instituerit, ex ea parte Maevius heres esto.* Un atto del senato comandò che somiglianti istituzioni, o legati fossero interamente nulli, e come non avvenuti, eziandio ne' testamenti de' soldati (4).

(1) Paul. Sent. 3. 4. 2. 1.—(2) Gai. 3. 98. « *Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.* »—(3) Paul. Sent. 3. 4. 2. § 2.—(4) D. 34. 8. 1. f. Iulian. — 30. 1. 64. f. Gai. 28. 5. 70. f. Papin., e 71. f. Paul. Cod. 6. 21. 11. const. Dioclet.

Quanto alle regole sulle condizioni in se stesse, sulle loro diverse specie, sol loro adempimento, o mancanza più avanti ne ragioneremo trattando spezialmente delle condizioni (Inst. 3. 15 4.)

XI. Si plures conditiones institutioni adscriptae sunt: siquidem conjunctim, ut puta: SI ILLUD ET ILLUD FACTA ERINT, omnibus parendum est: si separatim, veluti SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, cuilibet obtemperare satis est.

11. Se nell'istituzione son poste molte condizioni, quando son congiunte, come sarebbe se sarà fatta questa cosa e quest'altra bisogna osservarle tutte, ma quando son separate, come sarebbe, se si farà questa o quell'altra cosa, basta che una sola di quelle condizioni si adempia.

XII. Ti, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregrinatos ignorans qui essent heredes instituerit: ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

12. Possono parimente esser istituiti eredi coloro che il testatore non abbia veduti mai, come sarebbe s'egli ordinasse eredi i figliuoli del fratello, che fosser nati in paese straniero, e che a lui non fosser noti; perciocchè quest' ignoranza del testatore non opera che l' istituzione non vaglia.

Delle sostituzioni.

Dopo le istituzioni e le condizioni, che vi possono essere apposte, seguono naturalmente le sostituzioni, le quali non son altra cosa, che istituzioni condizionali di un genere particolare. Il nome di sostituzione viene da *sub—instituere* istituire al di sotto; *sub-institutio* istituzione posta sotto un altra. In fatti ogni sostituzione non è che un' istituzione condizionale posta secondariamente sotto un' istituzione principale. Distinguevansene due spezie: la sostituzione volgare (*vulgaris substitutio*) e la sostituzione pupillare (*pupillaris substitutio*), dalla quale Giustiniano ha dedotta per analogia una terza spezie chiamata da' comentatori sostituzione quasi—pupillare, o esemplare (1). Tutte le sostituzioni aveano per effetto di prevenire alcuni rischi di morir intestato, istituendo un erede pel caso che tali rischi si effettuassero. Ecco perchè esse non erano che istituzioni condizionali.

(1) La parola sostituzione nel nostro dritto si usa specialmente a dinotare le disposizioni col peso di restituire. Noi vedremo qui appresso, che in dritto romano questa spezie di disposizioni, che rientrano nella classe de' fedecommessi non erano poste nella classe delle sostituzioni.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Potest autem quis in testamento suo *plures gradus* facere, ut puta : S' ILLE HERES NON ERIT, ILLE HERES ESTO; et deinceps in quantum velit testator substituere. Potest et novissimo loco in subsidium vel *servum necessarium heredem* instituere.

TITOLO XV.

DELLA SOSTITUZIONE VOLGARE.

Ciascuno può fare nel suo testamento più gradi di eredi, come sarebbe a dire: SE COLUI NON SARA' EREDE, SIA EREDE QUELL' ALTRO, e così di mano in mano può sostituire quanto egli vuole; in ultimo può in sussidio istituir *erede necessario lo schiavo*.

Di tal maniera è la sostituzione volgare , così detta perchè è la più comune, e perchè , dice Teofilo , si può in questo modo sostituire a tutti. Tra tutte le sostituzioni questa ha dovuto più naturalmente presentarsi alla mente del testatore. La sua origine si dee confondere , con quella delle istituzioni stesse di erede , o esser di poco posteriore. Fu in pieno vigore sotto la repubblica, come si scorge dagli scritti di Cicerone (1), ma il suo uso divenne anche più frequente sotto gl'imperadori, quando le leggi caducarie le leggi *Julia* e *Papia*, delle quali abbiam parlato (*Hist.* du droit. p. 253) ebber moltiplicate soprammodo le incapacità di ricevere , perchè a quel tempo i testatori , a fine di prevenire per quanto si poteva le numerose cagioni di caducità , che minacciavano le loro disposizioni , e che avrebber fatto cadere i loro beni nel pubblico tesoro (*aerarium*) , furono indotti ad istituire più eredi , de' quali l'uno venisse in difetto dell' altro (2). D' altra parte l' importanza che i romani mettevano a non morire intestato , e la circostanza che , se l' istituzione cadeva , tutte le altre disposizioni cadevano del pari, bastavano a render frequenti fra loro le sostituzioni volgari.

Plures gradus. Gli eredi chiamati in prima linea formano il primo grado , questi sono gl' istituiti propriamente detti ; quei che son chiamati in difetto de' primi formano il secondo grado , questi sono i sostituiti, e così di seguito pel terzo , pel quarto grado , etc. se vi sono più sostituzioni successive.

(1) Cic. Brut. C. 52. — De Or. 1. 39. e 57. — (2) « . . . *Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est ut et substitutiones introducerent, ne fiant* caduca « (Cod. 6. 5. 1. pr. const. rust.).

Se ille heres non erit. Questa è la condizione particolare che caratterizza la sostituzione volgare. Questo genere di disposizione adunque non è che un' istituzione condizionale pel caso che i primi istituiti non fossero eredi o per rifiuto, o per incapacità; perciocchè la generalità di questi termini *heres non erit* comprende egualmente tutt' i casi (1).

Servum necessarium heredem: Istituendo così in ultimo luogo (*novissimo loco*) lo schiavo, il quale diverrà forzatamente erede necessario, il testatore si premunisce, in caso che tutti i gradi precedenti gli vengano meno, contro il rifiuto della sua eredità da parte di quest' ultimo grado sussidiario. Del resto nulla gl'impedisce d' istituire il suo schiavo non nell'ultimo luogo, ma in quel grado che gli pare, anche nel primo; soltanto se si trattasse d'un testatore insolvibile, bisognerebbe applicare ciò che abbiam detto a proposito della legge *Ælia—Sentia* t. I, p. 246. Lo schiavo, qualunque fosse il suo grado d' istituzione, non sarebbe erede che in difetto di ogni altro istituito, o sostituito (*solus et necessarius heres*), come se fosse stato scritto dopo tutti gli altri, e per ultimo sussidio (2).

I. Et plures in unius locum posunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, *vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt.*	1. E più persone possono esser sostituite in luogo d' un solo, ovvero un solo in luogo di molti, o uno in luogo di un altro, o *vicendevolmente gli eredi istituiti tra loro.*

Vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt: cioè se uno, o alcuni degl' istituiti non sono eredi, gli altri saranno a loro sostituiti. Così la parte di quelli che mancheranno ricaderà proporzionatamente a quelli che saranno eredi (3). Ma si ponga ben mente che questa toccherà loro non a titolo di accrescimento, ma sibbene di sostituzione, cioè non per vigore della loro prima istituzione, e come conseguenza forzata di siffatta istituzione, ma per vigore della loro seconda istituzione condizionale, *si heres non erit*, che si sarà effettuata; non per esecuzione del loro primo titolo d' erede, ma per un titolo nuovo, e distinto. Egli è vero che se non vi

(1) Ma che decidere se il testatore avesse espresso sol uno di questi casi: *Si heredem esse noluerit*, o reciprocamente; l' altro vi sarebbe sottinteso? Sì certo. Arg. D. 28. 2. 29.—28. 6. 4. pr.—35. 1. 101. pr.—Cod. 6. 24. 3.—6. 26. 4.—Vedete pertanto contro questa opinione Dig. 28. 2. 10. — (2) D. 28. 5. 57. f. Paul.— (3) Ed a quelli solamente: D. 28. 23. f. Pap.

fosse stata sostituzione, le parti vacanti sarebbero loro spettate, a ciascuno in proporzione della sua parte, per diritto di accrescimento; ma tra questo accrescimento, e l'acquisto per via di sostituzione vi ha delle differenze notabili: 1º l'accrescimento è forzato; l'acquisto per sostituzione è volontario, perciocchè siccome è una seconda istituzione distinta dalla prima, l'erede che ha accettata la prima, non è obbligato per questo ad accettare eziandio la seconda: egli può accettarla, o rinunziarla a suo talento (1); 2º l'accrescimento ha luogo di pieno dritto in forza della prima adizione, e si regola tanto per le condizioni di capacità, quanto per l'acquisto riguardando il tempo di questa prima adizione; l'acquisto, per la sostituzione non ha luogo che per l'adizione che se n'è fatta, e si regola riguardando il tempo di questa seconda adizione (2).

Fermiamo dunque il principio che ogni sostituzione o sia di un terzo, o sia degli eredi tra loro non che confondersi col dritto di accrescimento, impedisce anzi che questo abbia luogo; essendochè essa impedisce che vi sieno parti vacanti. Solo nel caso che la sostituzione fosse rifiutata, o in altro modo venisse meno, il dritto di accrescimento avrebbe luogo.

Sotto l'impero delle leggi caducarie, la cui totale abrogazione fatta da Giustiniano è anche posteriore alle Instituzioni, il dritto di accrescimento non avea luogo indistintamente a vantaggio di tutti gli eredi; tra gli eredi istituiti solo gli ascendenti, o discendenti del testatore fino al terzo grado, e dopo questi gl'istituiti che aveano figliuoli potevano raccogliere le parti caduche, o quasi caduche, altrimenti esse ricadevano al tesoro pubblico (*aerarium*) (3). Questa dunque era una ragione di più per ricorrere alle sostituzioni o de' terzi, o degli eredi tra loro.

II. Et si ex disparibus portionibus heredes scriptos invicem substituerit,	2. E se il testatore sostituirà scambievolmente gli eredi in parti disugua-

(1) Cod. 6. 26. 6. const. Dioclet. e Maxim. — D. 20. 2. 35. pr. f. Ulp. « *Ex causa substitutionis adeont* » — Ivi 79. § 1. f. Javol. — (2) Cosicchè può accadere che a questa seconda epoca l'acquisto non sia più per la medesima persona (D. 29. 2. 35. pr.) — ovvero che non esistendo più pel tale o tal altro erede le condizioni di capacità allorchè si apre la sostituzione, l'adizione non si possa più fare da lui (v. qui appresso 3. 4. § 4.). — (3) Ulp. Reg. tit. 17. e 18.

et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione dedisse, *quas in institutione expressit*. Et ita divus Pius rescripsit.

li, e sostituendo non faccia menzione alcuna delle parti, pare che egli dia nella sostituzione, quelle parti, *le quali egli espresse nell'istituzione*. E così rescrisse il divino Pio.

Quas in institutione expressit. Ma egli ha la facoltà di assegnar loro nella sostituzione parti al tutto diverse da quelle che hanno nell' istituzione; il che forma un altra differenza tra questa sostituzione degli eredi tra loro, ed il dritto di accrescimento.

III. Sed si instituto heredi, et coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit, divi Severus, et Antoninus *sine distinctione* rescripserunt *ad utramque partem* substitutum admitti.

3. Ma se all'erede istituito, sarà sostituito il coerede, ed a questo sia sostituito qualcun altro, rescrissero il divino Severo, ed Antonino, *senza fare alcuna distinzione*, che il sostituto succede *nella parte dell'uno, e dell'altro.*

Da ciò si trae la regola generale che chi è sostituito ad un sostituito si reputa essere egualmente, e tacitamente sostituito allo stesso istituito. Esempio: *Primo* è istituito erede; *Secondo* gli è sostituito; ed a questo è sostituito *Terzo*; quest' ultimo benchè espressamente sia sostituito solo a *Secondo*, pure si reputa essèr tacitamente sostituito eziandio a *Primo*.

Sine distinctione. Cioè senza distinguere a qual epoca la prima sostituzione è venuta a mancare, se prima o dopo che l' istituzione stessa è mancata. Se dopo, non vi avea alcuna ragione di dubitare, per esempio: l' istituzione cade la prima o pel rifiuto, o per la morte di *Primo*, o per qualunque altra cagione; allora si apre la prima sostituzione, ed il dritto all' eredità si aspetta a *Secondo*; posteriormente questi non può o non vuole essere erede, da questo momento il suo sostituto prende il suo posto e giunge per questo mezzo all' eredità. Ma se il primo sostituito *Secondo* muore e diviene incapace egli pel primo innanzi che l' istituzione che lo precede sia venuta meno, quando più tardi questa istituzione cadrà, se *Terzo* prendesse il posto di *Secondo* al quale è stato sostituito, non prenderebbe che il posto di un incapace morto prima dell' apertura de' dritti; dunque è forza supporre ch' egli venga in proprio nome, come se fosse stato sostituito direttamente all' isti-

tuito *Primo*, i cui diritti vengono a mancare. Su questo secondo caso eransi elevati de' dubbi, nondimeno alcuni giureconsulti decidevano in favore del sostituto: « *Verius puto*, diceva Giuliano, *in utramque partem substitutum esse* » (1). Le Instituzioni ci fan sapere che Severo ed Antonino posero fine ai dubbi, decidendo che non si dovesse più far distinzione.

Ad utramque partem admitti: Nell' esempio citato qui e in quello del Digesto (2) si tratta di un erede che è sostituito in prima linea ad uno de' suoi coeredi, ed ha egli medesimo un sostituto in secondo ordine. Questo sostituto, se avviene il caso, raccoglierà due parti cioè quella dell'erede, al quale è direttamente sostituito, e quella del coerede, al quale quest'ultimo era egli medesimo sostituito, la qual porzione in luogo di accrescersi proporzionatamente a lui, ed agli altri coeredi, se ve ne sono, si aspetterà esclusivamente a lui per dritto di sostituzione, senza distinguere se prima o dopo dell'altra essa sia stata rifiutata, ovvero sia divenuta caduca.

Egli è a por mente che la sostituzione, della quale ora abbiam ragionato, è una sostituzione tacita, la quale non è espressa, ma sottintesa nella disposizione; questo potrebbe avvenire in altri casi eziandio; e per esempio, in quello arrecato da Celso: « *Titius et Seius, uterve eorum vivat heres mihi esto*, » nel quale, come dice il giureconsulto, « *Tacita substitutio inesse videtur institutioni* » (3).

Siccome la sostituzione volgare non è che una specie particolare d' istituzione, così richiede da parte del sostituto le medesime condizioni di capacità, che son richieste da parte di ogni altro istituito. Essa dunque svanisce per le medesime cagioni che fanno svanire un' istituzione ordinaria; per esempio se il sostituito si muore, o è colpito da qualsiasi altra incapacità prima della morte del testatore, o innanzi che abbia luogo l' apertura de' suoi dritti. Di più siccome essa è un istituzione condizionale, *si heres non erit*, così svanisce eziandio se questa condizione venga meno, cioè se l'istituito divenga erede. E reciprocamente il dritto della sostituzione apresi dopo l' apertura della successione, quando la condizione si è

(1) D. 28. 6. 27. — (2) D. 28, 6, 41. pr. f. Papin. — (3) D. 28. 5. 24, e 25.

adempita, cioè quando è divenuto certo che l'istituito non è erede. Il paragrafo che segue tratta a questo proposito di un caso al tutto particolare.

IV. Si servum alienum quis patrem familias arbitratus heredem scripserit, et si heres non esset, Maevium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem, Maevius substitutus *in partem admittitur*. Illa enim verba si HERES NON ERIT in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit sic accipiuntur: si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit. In eo vero, quem patrem familias esse arbitratur illud significant: si hereditatem sibi, eive, cujus juri *postea* subjectus esse coeperit non adquisierit. Idque Tiberius Caesar in persona Parthenii servi sui constituit.

4. Se alcuno scriverà erede lo schiavo d'altri, pensandosi ch'egli fosse uomo libero, e gli sostituirà Mevio, s'egli non gli sarà erede, e lo schiavo per comandamento del padrone accetti l'eredità, Mevio che è sostituto *succede in parte*, perchè quelle parole SE EGLI NON SARA' EREDE, rispetto a colui che il testatore sapeva esser soggetto all'altrui potestà, s'intendono in questo modo: se esso istituito non sarà erede, o non farà erede un altro, cioè non acquisterà ad altri. Ma riguardo a colui che egli si pensava che fosse uomo libero, s'intendono in questo modo: se egli non acquisterà l'eredità, nè per se, nè per colui al quale *di poi* comincerà ad esser soggetto. E così fu deciso da Tiberio Cesare in persona di Partenio suo schiavo.

Si tratta di determinare il senso di queste parole: *Si heres non erit*. Sarà da reputarsi effettuata ovvero mancata questa condizione nel caso che l'istituito non potendo acquistare l'eredità a se medesimo la possa acquistare ad altri? A questo riguardo si vuol fare una distinzione; se il testatore conosceva, o no lo stato dell'istituito.

S'egli lo conosceva per ischiavo, è cosa chiara che quando questi più tardi acquista a se medesimo, se è divenuto libero, o al suo padrone, se è rimasto schiavo, egli è erede nel senso che il testatore ha avuto in mente; perocchè pel testatore, *si heres non erit* significava in questo caso, secondo le espressioni del testo, *si neque heres erit, neque alium heredem effecerit*.

Ma sarebbe il medesimo se il testatore lo avesse istituito pensandosi ch'egli fosse libero, capo di famiglia, ed in realtà non fosse che uno schiavo? Qui il testatore non avea certamente in pensiero un modo di acquisto ch'egli non poteva neppur sospettare; egli ha per certo compreso nella sua disposizione l'istituito, o il suo futuro padrone, se venisse per avventura a cadere in potestà

d'altri, perciocchè questo era nell' ordine possibile delle cose; ma non già un padrone attuale, giacchè egli si pensava che fosse ben altro lo stato di lui. *Si heres non erit*, significava in questo caso pel testatore, sempre secondo le espressioni del testo: *si hereditatem sibi*, *eive cujus juri postea* (in seguito, ma non già ad un padrone attuale, di cui il testatore ignorava l' esistenza) *subjectus esse coeperit*, *non adquisierit*. Non effettuandosi più questa sua intenzione, la sostituzione dovrebbe aver luogo (1).

In questo senso decise Tiberio, giudicando in causa propria, perocchè trattavasi di uno tra i suoi schiavi. In fatti la prima istituzione non essendo nulla continua ad esser valida, ma d' altra parte, siccome essa non si effettua nel senso che il testatore ebbe in mente, trovasi avverato il caso della sostituzione, ed allora concorrendo l' istituito, ed il sostituto insieme, è forza che dividano l' eredità.

In partem admittitur: per qual parte? Ciascuno per la metà, come formalmente è detto nella parafrasi di Teofilo sotto questo titolo, e come necessariamente risulta dalla precedente spiegazione (2).

TITULUS XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

TITOLO XVI.

DELLA SOSTITUZIONE PUPILLARE.

La sostituzione pupillare è l' istituzione d' un erede fatta dal capo di famiglia nel suo proprio testamento, per con conto dell' e-

(1) Noi vediamo in Gaio 2. § 177 una distribuzione somigliante per un altro caso, il che prova ancora che nelle sostituzioni condizionali il modo come l'adempimento della condizione debb'essere inteso, è una quistione d'intenzione.

(2) Il frammento di Giuliano (D. 28. 5, 40.) dal quale si è voluto conchiudere ch'essi non si dividevano che la metà della successione, senza dire a chi resterebbe l'altra metà, non ci debb'essere opposto; probabilmente in quella specie eravi un altro erede per metà.—L'interpretazione delle parole *si heres non erit* dà luogo a più controversie: manca la condizione, e svanisce la sostituzione se solo il padre ha fatto l'adizione dell'eredità deferita al figliuolo di famiglia e di cui egli non ha che l'usufrutto? (Per l'afferm. arg. C. 6. 30. 18. § 1.—6. 61. 8. pr. §§ 1, e 2.)—Se l' istituito avendo da prima accettato, ottiene contro la sua accettazione la restituzione in intero per cagione di minorità? (Aff. D. 4. 4. 7. § 10.—38. 9. ult. in fin.—Neg. D. 42. 1. 44.) Se l' istituito è un figliuolo erede necessario, che si astiene? Teofilo risolve tal quistione negativamente, perchè il figliuolo non resta meno erede.

redità del suo figliuolo impubere sottoposto alla sua potestà, in caso che questo figliuolo sopravvivendogli si muoia prima di giugnere alla pubertà. Questo propriamente parlando è il testamento del figliuolo fatto dal capo di famiglia, come accessorio del proprio testamento.

Questa del pari che ogni altra sostituzione è un' istituzione condizionale; perciocchè la condizione sotto la quale è fatta è: se il figliuolo muore prima di giugnere alla pubertà (*si prius moriatur, quam in suam tutelam pervenerit*). Essa è posta secondariamente sotto un' istituzione principale, perciocchè il capo di famiglia non può altrimenti farla che come accessorio del suo proprio testamento, della sua propria istituzione, alla quale quella è subordinata, e di cui segue la sorte. In fine essa ha per iscopo di prevenire un certo rischio di morire intestato; con questa particolarità però che nella sostituzione volgare il testatore provvede alla sua propria successione; e nella sostituzione pupillare la sua sollecitudine va più oltre, ed egli intende di provvedere che il figliuol suo non abbia a morire intestato; perocchè questo figliuolo rimasto *sui juris*, se morisse impubere, morrebbe senza la capacità necessaria per fare il suo testamento, egli dunque morrebbe necessariamente intestato; or ciò preveggendo i Romani continuando al di là della tomba l'onnipotenza paterna, aveano ammesso che il capo di famiglia potesse nel tempo medesimo che faceva il suo testamento fare eziandio quello che il figliuolo impubere da se non poteva fare. Si può dire che l' impubere divenuto *sui juris* ha il dritto di avere un testamento, ma che non avendo l' esercizio di cotal diritto, il suo capo di famiglia vi ha anticipatamente supplito esercitandolo per lui nel suo proprio testamento.

Noi sappiamo che la sostituzione pupillare fu introdotta per l' uso, per le costumanze, *moribus institutum est*, ci dice il testo nel seguente paragrafo, ma non possiamo precisamente determinare l' epoca in cui ebbe cominciamento. Cicerone nel suo *trattato dell' Oratore* parla così dell' una, come dell' altra.

Il paragrafo che segue ci da un esempio di sostituzione pupillare.

Liberis suis impuberibus, *quos in potestate quis habet* non solum ita ut su-

Non solamente può alcuno sostituir nel modo che abbiam detto di sopra

pra diximus substituere potest, id est ut si heredes ei non extiterint, alius ei sit heres; sed eo amplius ut et si heredes ei extiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres: veluti si quis dicat hoc modo: TITIUS FILIUS MEUS HERES MIHI ESTO; ET SI FILIUS MEUS HERES MIHI NON ERIT, SIVE HERES ERIT ET PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT (id est pubes factus sit), TUNC SEIUS HERES ESTO. Quo casu siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero extiterit heres filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est ut cum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

a'suoi discendenti impuberi, i quali egli abbia in sua potestà, cioè che se essi non saranno suoi eredi, sia erede un altro, ma anche in altro modo può sostituire, cioè che se essi saranno eredi ed essendo ancora impuberi si muoiano, sia erede loro qualcun altro, come sarebbe se alcuno dicesse in questo modo: TIZIO FIGLIUOLO MIO SIA EREDE E SE IL MIO FIGLIUOLO NON SARA' MIO EREDE O ESSENDO VERRA' A MORTE INNANZI CHE EGLI SIA UOMO DA SE (cioè innanzi che sia giunto alla pubertà), ALLORA SIA EREDE SEIO. Nel qual caso se il figliuolo non sarà erede, allora il sostituto si fa erede al padre. Ma se il figliuolo sarà erede e venga a morte innanzi la sua pubertà, il sostituito si fa erede ad esso figliuolo. Perciocchè si è per costume ordinato che essendo i figliuoli in età nella quale essi non possono farsi il testamento, i padri lo facciano per loro.

Quos in potestate quis habet: questa condizione è indispensabile; il dritto di far così il testamento d'un impubere deriva unicamente dalla potestà paterna; dal che segue che il solo capo di famiglia può esercitarlo, ch'egli nol può riguardo a' suoi figliuoli emancipati; che la madre, e gli ascendenti, i quali son privi di potestà, non hanno cotal diritto riguardo ad alcuno.

Si filius heres mihi non erit, sive heres erit, et prius moriatur. ., etc. Questo non è che un esempio: il testo cita questo, perchè è il più frequente. Il figliuolo vi si trova istituito in primo luogo, dal padre; ma noi vedremo al § 4, che potrebbe anche essere altrimenti, e trovarsi diseredato. Vi ha in un tempo medesimo una sostituzione volgare, ed una sostituzione pupillare formalmente espressa, per modo che la stessa persona è sostituita al figliuolo volgarmente, e pupillarmente. Altra volta si elevavano delle gravi discussioni per sapere se quando la sostituzione pupillare era espressa, dovesse sottintendersi la volgare, e reciprocamente. Cicerone riguardava siffatta questione come difficilissima (*ambigitur inter peritissimos*) (1). Una costituzione di Marc-

(1) Cic. *de Orat.* lib. 1. §§ 39. e 57.—*Brut.* § 52.

Aurelio dichiarò che ogni volta che un caso di sostituzione era espresso, l' altro si dovesse sottintendere (1). Spetta dunque al testatore di dichiarare il contrario se tale non è la sua intenzione.

I. Qua ratione excitati etiam constitutionem posuimus in nostro codice, qua prospectum est ut, si mente captos habeant *filios vel nepotes*, *vel pronepotes* cujuscumque sexus vel gradus, liceat eis etsi puberes sint ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

1. Per la qual ragione noi ponemmo nel nostro codice una costituzione per la quale si fa intendere che se alcuno ha figliuoli pazzi, o nipoti, o pronipoti di qualunque sesso e grado esser si voglia, gli sia lecito con tutto che essi sieno puberi sostituir loro *certe persone* ad esempio della sostituzione pupillare. Ma se essi diverranno sani della mente, cotal sostituzione non avrà più effetto, e ciò a somiglianza della sostituzione pupillare, la quale dopo che il pupillo è entrato nella pubertà s'indebolisce, e vien meno.

Questa specie di sostituzione è quella che i comentatori han nominata quasi pupillare, o esemplare, perchè essa fu introdotta da Giustiniano ad esempio della sostituzione pupillare (*ad exemplum pupillaris substitutionis*, dice il testo). Essa ha per fine di prevenire pel figliuolo pubere il rischio, ch' egli corre per la sua pazzia, di morire intestato. Essa è un' istituzione condizionale, perciocchè è fatta sotto questa condizione: s' egli muore senz' aver ricuperato il senno (*si non resipuerit*); ed è posta secondariamente sotto un' istituzione principale, perciocchè l' ascendente non può farla che come accessorio del suo proprio testamento.

Nondimeno vi ha tra questa sostituzione, e la pupillare due differenze notabili, che il testo indica, quantunque per modo indiretto.

1. Filios vel nepotes, vel pronepotes: il testo mette quì nella medesima linea i figliuoli, i nipoti, o altri discendenti senza ricercare alcuna condizione di potestà paterna. Questa è in fatti la prima differenza : la sostituzione quasi pupillare, non è fatta come la pupillare in forza della potestà paterna, ma per effetto della qualità di ascendente ; il dritto ne appartiene non solamente al padre, ma alla madre, ed a tutti gli altri ascendenti senza distinzione: così a riguardo de' figliuoli emancipati, come degli altri.

(1) D. 28. 6. 4. pr. f. Modest.

2. *Certas personas* : questa è la seconda differenza : nella sostituzione pupillare il capo di famiglia può sostituire chi gli pare per erede del suo figliuolo impubere , ma l'ascendente nella sua sostituzione quasi-pupillare è obbligato di prendere il sostituto , ch' egli vuol fare erede del suo figliuolo pazzo , primamente tra i discendenti del pazzo, se ve ne ha; in difetto tra i fratelli di lui, ed in fine solamente in difetto sì degli uni , e sì degli altri, egli può sostituire chi vuole (1).

La principale quistione intorno a siffatta sostituzione è di sapere quale sarebbe l' ascendente; la cui volontà si dovrebbe seguire nel caso di concorrenza , cioè se più ascendenti , morti prima del discendente pazzo avessero fatta ciascuno una sostituzione per lui ? Siccome i testi tacciono intorno a ciò , alcuni pensano che la volontà del padre doveasi sempre preferire , ovvero che gli ascendenti non aveano questo dritto che dopo la morte del padre , e successivamente di grado in grado; ovvero finalmente che il dritto non apparteneva se non a quello tra gli ascendenti che era l' ultimo a morire. Non si può far altro che congetturare.

Prima della costituzione di Giustiniano potevasi solamente per favore eccezionale chiesto ed ottenuto individualmente , essere autorizzato per rescritto del principe a fare una sostituzione pel proprio figliuolo demente (2).

II. Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata	2. Sono dunque nella sostituzione pupillare ordinata secondo il prefato

(1) La costituzione di Giustiniano trovasi nel Codice: 6. 26. 9. Taluni credono poter trarre dalle parole di questa costituzione un terzo punto di dissomiglianza in ciò che si avrebbe l' obbligo di lasciare la legittima a colui al quale si volesse fare una sostituzione esemplare, mentre che si può sostituire pupillarmente anche al proprio figliuolo diseredato ma noi vedremo che l' obbligazione di lasciare la legittima esiste per tutti i figliuoli, che è indipendente da ogni sostituzione , e che , tranne una giusta causa di diseredazione , tutti vi hanno dritto, e possono attaccare come inofficioso il testamento, nel quale non è stata a loro lasciata, o che vi sia sostituzione , o no , o che sia pupillare , o quasi-pupillare. Sicchè così nel primo caso , come nel secondo il figliuolo diseredato senza giusta cagione potrebbe egualmente impugnare il testamento, e la sostituzione cadrebbe con esso. Ecco perchè Giustiniano avverte, che bisogna (salvo una giusta cagione di diseredazione) lasciare la porzione legittima, *ne querela contra testamentum moveatur* : avvertimento applicabile ai due casi.

(2) D. 28. 6. 43. f. Paul.

duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, idest duarum hereditatum.

modo quasi due testamenti l'uno del padre, l'altro del figliuolo, quasi come se il figliuolo, medesimo avesse istituito il suo erede, o almeno è un testamento di due eredità.

Duo quodammodo sunt testamenta. Sono in certo modo due testamenti, se si considerano gli effetti, e se si riflette che il testamento sta nell' istituzione; perciocchè qui si hanno due distinte istituzioni, due eredità regolate, quella del padre, e quella del figliuolo. Quanto alle forme esteriori, ordinariamente non v' è che un solo testamento, perciocchè la sostituzione pupillare si fa nel testamento del padre: nonpertanto essa potrebbesi fare eziandio con un atto posteriore separato, il quale sarebbe esso medesimo soggetto a tutte le forme de' testamenti, ed allora ve ne sarebbero due anche sotto questo rispetto. Da ultimo in quanto alla loro validità ed esistenza, questi due testamenti riuniti o separati che siano non formano che uno in questo senso che l'uno è l' accessorio dell' altro; in fatti il testamento del padre è il principale; la sostituzione pupillare o che sia fatta nel medesimo atto, o in uno posteriore, è una disposizione accessoria di quello, e dee cadere se cade il testamento paterno.

Ecco in somma perchè il testo termina con queste parole, che in tutti i casi se non vi è che un solo testamento, vi sono però due eredità (*aut certe unum testamentum est duarum hereditatum*).

III. Sin autem quis ita formidolosus sit ut timeret, ne filius ejus, pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum accepit, post obitum ejus periculo insidiarum subjiceretur, vulgarem quidem substitutionem palam facere, et in primis quidem testamenti partibus ordinare debet; illam autem substitutionem, per quam et si heres extiterit pupillus, et intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare, et in priore parte testamenti cavere debet, ne inferiores tabulae, vivo filio, et ad-

3. Ma se alcuno fosse così pauroso, ch'egli temesse ch'il suo figliuolo pupillo dopo la sua morte non fosse insidiato, per aver egli così apertamente sostituito chi gli debba succedere, egli debbe nel principio del testamento apertamente far la sostituzione volgare, quanto a quella poi, per la quale è nominato un sostituito pel caso che il figliuolo erede venisse a morte essendo ancora impubere, egli dovrà scriverla separatamente alla fine del testamento, legar questa parte col suo proprio filo, e suggellarla con la sua propria cera, e nella prima parte del

huc impubere aperiantur. Illud palam est non ideo minus valere substitutionem impuberis filii quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit.

testamento dovrà ordinare che in fino a che il figliuolo sia vivo ed impubere non si debba aprire la parte di sotto del testamento. E fatta la sostituzione pupillare in questa maniera, il pupillo sarà sicuro da tutte l'insidie. Evidentemente ciò non impedisce che una sostituzione pupillare scritta sulle medesime tavolette, che l'istituzione, non sia parimenti valida, quantunque sia con pericolo del pupillo.

Queste precauzioni che consiglia il testo non han bisogno di alcuna spiegazione.

IV. Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint, et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is quem voluerint, *sed etiam exheredatis*. Itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus, legatisve, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. Quaecumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum, vel exheredatorum, *eadem etiam de postumis* intelligimus.

4. La sostituzione per la quale il capo di famiglia da a' suoi discendenti pel caso che morissero impuberi, quell'erede che gli pare, può esser fatta non solamente a quelli che sono eredi, *ma eziandio a diseredati*. Laonde in questo caso se si sarà acquistata al pupillo diseredato qualche cosa per via di eredità, di legati, o donazioni di parenti, e d'amici, tutto questo viene al sostituto. E ciò che abbiamo detto della sostituzione de'discendenti impuberi istituiti eredi, o diseredati, deve intendersi *egualmente de'postumi*.

Esamineremo sotto questo paragrafo quali son coloro a' quali si può sostituire pupillarmente:

A' figliuoli che sono in potestà: questa è la condizione essenziale. Ed è necessario che la potestà paterna esista non solamente alla morte del testatore, ma anche al momento ch'ei fa la sostituzione. Se la sostituzione fosse fatta per atto separato posteriore al testamento, non sarebbe necessario che la potestà paterna avesse già avuto esistenza al momento della formazione del testamento: l'epoca, a cui bisogna aver riguardo, è soltanto quella della sostituzione (1).

Sed etiam exheredatis. Perchè il capo di famiglia nella sostituzione pupillare non dispone della sua successione, ma di quel-

(1) Tal'è l'esempio citato al Dig. 28. 6. 2. pr. *in fin.* f. Ulp.

la del suo figliuolo, qualunque sia l'erede al quale egli lasci la sua. Il suo dritto di fare la sostituzione pupillare non gli viene dall' aver istituito il suo figliuolo, ma unicamente dalla potestà paterna che ha su di lui. Egli dunque può sostituir pupillarmente a lui anche quando lo abbia diseredato. Ben inteso che se lo abbia diseredato senza giusta cagione, il suo testamento sarà annullato come inofficioso, e se l' abbia passato sotto silenzio, il suo testamento sarà nullo, e con esso la sostituzione pupillare, giacchè questa ne è l' accessorio.

I nipoti eziandio, ed altri discendenti possono esser l' oggetto d' una sostituzione pupillare per parte del loro avo, allorchè sono sotto la sua potestà senz' altra persona di mezzo.

Eadem etiam de postumis. Ciò debbe intendersi di quei postumi, che, supponendoli nati alla morte del testatore, sarebbero stati immediatamente sotto la sua potestà e sarebbero divenuti *sui juris* per la sua morte. E si noti che questi sono que' medesimi, a' quali il testatore può nominare un tutore per testamento (ved. t. 1. p. 357).

Si dee dire lo stesso de' quasi-postumi. Così l' avolo non può dare puramente e semplicemente un sostituto pupillare ai nipoti che non ha sotto la sua immediata potestà, ma può darlo loro eventualmente, pel caso della legge *Junia Velleia*, cioè pel caso che, venendo a morte il loro padre prima dell' avolo testatore, si troverebbero per questo fatto sotto l' immediata potestà di lui. Beninteso, che tanto pe' postumi, quanto pe' quasi postumi è mestieri che sieno stati o istituiti, o diseredati nel testamento, altrimenti, rompendosi il testamento per la loro agnazione o quasi-agnazione, con esso cadrebbe eziandio la sostituzione pupillare (1).

Riguardo a' figliuoli arrogati, si vuol da prima richiamare alla mente che non può esser quistione che di figliuoli arrogati nello stato d' impuberi con le condizioni richieste per questa maniera di arrogazioni. Ciò posto, si vuol fare una distinzione secondo che si tratti d' una sostituzione pupillare fatta dal capo di famiglia, che l' arrogato avea prima di divenir *sui juris*, e di esser dato in arrogazione, o d' una sostituzione pupillare fatta dal padre

(1) D. 28. 6. 2. pr. f. Ulp.

arrogante. Quanto alla sostituzione pupillare fatta dell' antico capo di famiglia, essa trovavasi rotta dall' arrogazione; ma noi sappiamo che l' arrogatore dovea dar cauzione alle persone interessate, di restituir loro i beni dell' impubere arrogato, s' ei venisse a morire innanzi la pubertà (t. 1. p. 323): quegli dunque che era stato sostituito pupillarmente dal primo capo di famiglia riceveva siffatta cauzione del padre arrogante, e ne profittava, avvenendone il caso; essendochè se l' arrogato moriva impubere, la sua morte apriva in un tempo medesimo per l' arrogatore l' obbligazione di restituire, e pel primiero sostituto il dritto di richiedere. Quanto alla sostituzione pupillare che per avventura si fosse fatta dal padre arrogante, per la ragione medesima non può cadere sui beni personali dell' arrogato; perciocchè cotali beni, se egli muore impubere, debbono ritornare a coloro, che gli avrebbero avuti, se l'arrogazione non avesse avuto luogo. Essa dunque comprende unicamente i beni dati al pupillo dall' arrogatore, o per riguardo di costui, ed alcuni giureconsulti dubitavano eziandio se si avesse anche ad eccettuarne la *quarta Antonina*, nel caso che avea luogo, perciocchè essa era acquistata all' arrogato non per la volontà dell' arrogatore, ma per vigore della costituzione di Antonino (1).

Non era lecito sostituir pupillarmente nè a' figliuoli emancipati, giacchè essi erano usciti di sotto alla potestà paterna; nè ai figliuoli naturali, perchè questi non v' erano mai stati (2).

V. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, *nisi et sibi faciat*; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, *nec filii quidem valebit*.

5. Niuno può far testamento a'suoi discendenti, s' *egli eziandio non lo fa a se medesimo*, perciocchè il testamento pupillare è parte e seguito del paterno testamento, di maniera che se non vale il testamento del padre, *parimente non vale quel del figliuolo*.

Nisi et sibi faciat. Se il capo di famiglia tiene dalla sola potestà paterna il dritto di testare pel suo figliuolo, egli nondimeno non può esercitare questo dritto che in quanto lo eserciti per se me-

(1) D. 28. 6. 10. § 6 f. Ulp. Ved. sulla *quarta Antonina* t. 1. p. 323. — (2) D. 28. 6. 2. pr.

desimo. L' istituzione d' erede, ch' egli fa pel suo figliuolo non è che una disposizione secondaria del suo proprio testamento, ed è questa eziandio la ragione perchè essa è una *sostituzione*. Adunque non v' è bisogno che delle formalità richieste per un solo testamento: sette testimoni, sette suggelli bastano (1). Ma è parimente lecito di fare la sostituzione pupillare in un atto posteriore rivestito esso medesimo di tutte le forme testamentarie (2); e di farla con una solennità differente, per esempio, il testamento del padre per iscritto, e la sostituzione pupillare per nuncupazione verbale, o reciprocamente (3). Se il testamento del padre, e la sostituzione pupillare si fanno in atti separati, a diversi intervalli, il testamento del padre dee precedere la sostituzione; ma quando si fanno in un solo e medesimo atto, l' inversione della frase non renderebbe viziosa la sostituzione, per esempio se si fosse detto da prima: « *Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto*; » e più appresso « *Filius heres esto* » (4).

Nec filii quidem valebit. Se, per esempio il padre ha istituito erede nel suo testamento una persona incapace, benchè quegli, che ha sostituito pupillarmente al suo figliuolo sia capace, la disposizione pupillare sarà nulla, perchè l'istituzione è nulla. Parimente se niuno accetta l' eredità paterna in forza del testamento paterno, il testamento pupillare sarà anch' esso caduco; così il sostituto non potrebbe accettare l' eredità del figliuolo, e tralasciar quella del padre (5). In una parola se per qualsiasi cagione il padre si muore intestato, il figliuolo seguirà la medesima sorte.

Ma il menomo effetto che si conservi al testamento o rigorosamente pel dritto civile, o equamente pel dritto pretorio, è sufficiente a conservare la validità della sostituzione pupillare. Per esempio: se il testamento non è stato rescisso che solamente in parte (6), se non è stato invalidato che per la sola pretoria possessione de' beni data contro le tavole del testamento, in fondo, e nello stretto dritto è riputato sempre valido (7); se l' erede istituito dal padre è un erede necessario, che si è astenuto, nello stretto dritto è sem-

(1) D. 28. 6. 20. pr. f. Ulp. —(2) Ivi 16. § 1. f. Pomp. — (3) Ivi 20. § 1.—37. 11. 8. § 4. f. Jul. —(4) D. 28. 6. 2. §§ 4, e 5. f. Ulp.—(5) D. 28. 6. 2. § 1. f. Ulp. (6) D. 5. 2. 8. § 5. f. Ulp. — (7) D. 28. 6. 34. § 2. e 35. f. Ulp.

pre riputato erede (1). In conseguenza la sostituzione pupillare si mantiene.

La nullità del testamento del padre traeva quella della sostituzione pupillare, ma non viceversa; perciocchè il principale non segue la sorte dell' accessorio. Così una cagione particolare poteva viziare radicalmente la sostituzione, e non per questo il testamento paterno ne rimaneva men valido o indebolito.

VI. Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest: singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluerit, novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

6. Si può sostituire a ciascun discendente, o a colui, che essendo impubere morrà ultimo di loro. A ciascuno; se il testatore non vorrà che alcun di loro si muoia intestato. All'ultimo, se il testator vorrà che tra loro si conservi intera la ragione dell' eredità legittima.

Il testo spiega sufficientemente lo scopo, e gli effetti della sostituzione fatta *ei qui supremus*, o *novissimus impubes morietur*. In questo caso il sostituto trova nella successione dell' impubere che è l'ultimo a morire le successioni di tutti gli altri, che gli son venute *ab intestato*; ma è necessario che l' ultimo muoia impubere; perciocchè s' egli giugnesse alla pubertà, la sostituzione svanirebbe. Africano domanda a questo proposito che cosa si avrebbe a decidere se tutti morissero nello stesso tempo, ed impuberi? Il sostituito, egli risponde, sarebbe erede a ciascuno di loro: *quia supremus non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit intelligatur* (2).

VII. Substituitur autem impuberi aut nominatim veluti TITIUS HERES ESTO; aut generaliter, ut QUISQUIS MIHI HERES ERIT. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere filio mortuo, qui et scripti sunt heredes, et extiterunt pro qua parte et heredes facti sunt.

7. All' impubere si sostituisce o nominatamente, come sarebbe a dir: TIZIO SIA EREDE, o generalmente, come sarebbe a dire: CHIUNQUE SARÀ' MIO EREDE. Per le quali parole, morto il figliuolo impubere, son chiamati per vigor della sostituzione, coloro che furono scritti eredi, e che furono eredi, e per quella parte nella quale furon fatti eredi.

(1) Ivi 2. § 3. — Si può ancora aggiugnere a questi esempi quello della legge 38. § 3. Se l'istituito dal padre non ha fatto adizione che forzatamente, per comando del pretore, per conservare il dritto del fedecommessario, e restituire a lui l' eredità (ved. qui appresso tit. 23. § 6.) — (2) D. 28. 6. 34. pr.

Noi esamineremo sotto questo paragrafo quali son coloro che il testatore può sostituir pupillarmente, e dare per eredi all' impubere.

Tutti quelli che il testatore può dare a se medesimo per eredi. Così anche nel tempo che i postumi esterni non potevano esser istituiti eredi, il postumo suo del padre poteva esser sostituito pupillarmente all' impubere, benchè riguardo a questo impubere egli non fosse che un postumo esterno. Che anzi quelli che sarebbero eredi necessari riguardo al padre (per esempio il suo figliuolo, o lo schiavo), sono tali eziandio rispetto al figliuolo impubere, pel quale si è fatta la sostituzione. « *Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio,* » dice Ulpiano (1). La ragione di tutto ciò è che, quantunque vi sieno due eredità e due istituzioni, pure vi ha identità di testamento; e la sostituzione pupillare non è che una disposizione del testamento paterno (2). Del rimanente egli non è obbligato di sostituire pupillarmente all' impubere quelli che a se medesimo ha istituiti eredi, ma è libero di sceglierne un altro.

Egli può eziandio sceglierlo tra i suoi eredi o indicandone nominatamente uno o alcuni di loro; o chiamandoli tutti generalmente.

Quisquis mihi heres erit. La qual cosa importa due condizioni cioè d' essere stato scritto erede del padre, e di esser divenuto tale, duplice condizione che il testo esprime con quelle parole: *qui et scripti sunt heredes, et extiterunt*. Sicchè in primo luogo quei che non saranno stati eredi del padre o per rinunzia, o per qualsiasi altra cagione non potranno andare all'eredità del pupillo morto impubere, percioccbè essi non vi erano stati chiamati, che in quanto sarebbero eredi del padre (3). In secondo luogo queste espressioni: *quisquis mihi heres erit* debbono esser intese nel senso di doversi applicare alla persona medesima di quei che sono stati scritti eredi, e son divenuti tali per loro o per altri, e non a tutti coloro a' quali l'eredità si è acquistata: « *Hunc habent sensum ut non om-*

(1) D. 28. 6. 10. § 1. f. Ulp. — (2) « *Constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, adeo ut quos sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat et postumum suum filio impuberi possit quis substituere* (l\i 2. § 4. *in fin.*) — (3) D. 28. 6. 34. § 1. Afric.

nis qui patri heres extitit, sed is qui ex testamento heres extitit substitutus videatur. » — « *Placuit scriptos tantummodo admitti.* Per esempio se uno schiavo sia stato istituito erede del padre ed abbia acquistata siffatta eredità al suo padrone, ma sia divenuto libero nel momento che la sostituzione pupillare si è aperta, questa sostituzione non sarà deferita al padrone, al quale la prima eredità è stata sol materialmente acquistata per mezzo dello schiavo, ma sibbene a questo schiavo divenuto libero, il quale era scritto personalmente erede. In reassunto la sostituzione del pari che l' istituzione si reputa posta sul capo dello schiavo, e lo segue nelle sue diverse condizioni (1).

VIII. Masculo igitur *usque ad quatuordecim* annos substitui potest; foeminae *usque ad duodecim* annos: et si hoc tempus excesserint, *substitutio evanescit*.

8. Si può sostituire al maschio *sino all' età di quattordici* anni; alle femmine *per fino all' età di dodici* anni; e passato questo tempo la sostituzione è nulla.

Usque ad quatuordecim; usque ad duodecim. Il padre non può prolungare questo termine; il prolungamento, ch' egli per avventura facesse, sarebbe considerato come non avvenuto, perciocchè a quest' epoca il figliuolo, al quale egli ha sostituito, essendo divenuto pubere, avrà il dritto di fare egli medesimo il suo testamento, ma potrebbe restringerlo ad uno spazio più breve, per esempio: *Si filius meus intra decimum annum decesserit* (2).

Substitutio evanescit. In fatti la condizione, sotto la quale era fatta, è allora venuta meno.

Oltre questa cagione che fa svanire la sostituzione pupillare ve ne ha delle altre, le quali le son proprie, cioè: Se il figliuolo, al quale la sostituzione si è fatta, muore prima del testatore (3), s' egli esce di sotto alla sua potestà (4); se dopo la morte del padre egli è arrogato; nondimeno noi abbiam veduto come in questo caso, il sostituito dee profittare in parte della sostituzione per mezzo della cauzione che dee dargli l' arrogatore (Ved. qui sopra p. 350); se il

(1) D. 28. 6. 3. f. Mod. — 8. § 1. f. Ulp. — (2) D. 28. 6. 14. f. Pomp. — 21. f. Ulp.

(3) Tanto se muoia realmente, quanto se preso dagl' inimici, e morto tra loro sia per vigore della legge Cornelia reputato morto dal giorno della sua cattività ivi 28. f. Jul.) — (4) Ivi 4. § 2. — 41. § 2.

sostituto trascura di domandare tra l'anno un tutore per l'impubere (1). Da ultimo a queste cagioni speciali, che rendono nulla la sostituzione pupillare si vuol aggiungere eziandio tutte quelle che si applicano alle istituzioni in generale.

Ma quando, avverata la condizione, la sostituzione pupillare non venuta meno per alcuna delle dette cagioni, produce il suo effetto, allora il sostituto diviene erede del figliuolo morto impubere, ed esclude l'eredità *ab intestato*. Egli succede a tutt' i beni dell'impubere senza distinzione di quelli che gli vengono, o no dalla paterna eredità (2); perciocchè il capo di famiglia facendo la sostituzione pupillare non l'ha fatta come testante sui propri suoi beni, ma come testante sui beni futuri del pupillo; che anzi il testatore non avrebbe avuto il diritto di escludere dalla sostituzione tali, o tali altri beni, perciocchè in questo modo avrebbe fatto morire il pupillo parte testato, e parte intestato, il che non era possibile. Se il sostituto, che succede al pupillo, è succeduto eziandio al padre, è tenuto dei pesi, e de' debiti delle due eredità, ma se non è succeduto al padre, i pesi dell'eredità paterna non lo riguardano punto, salvochè non vi sia tenuto come successore del figliuolo, nel caso che questi sia stato egli medesimo successore di suo padre.

IX. *Extraneo vero vel filio puberi* heredi instituto ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres. Sed hoc solum permissum est ut eum per fideicommissum testator obliget *alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere*: quod jus quale sit suo loco trademus.

9. Istituito erede *l'estraneo, o il figliuolo pubere*, niuno può sostituire a questo modo, che s' egli sarà erede, e si muoia fra certo tempo, gli sia erede un altro. Ma questo *solo* è permesso, che il testatore lo possa obbligare per fedecommesso *a restituir la sua eredità o tutta, o parte* ad un altro: il qual dritto quale sia diremo a suo luogo.

Extraneo vero, vel filio puberi. Quanto agli estranei il testatore non ha veruna potestà su di essi; quanto al figliuolo pubere questi potrà da se medesimo fare il suo testamento, per conseguenza il testatore non ha alcun dritto di farlo in loro vece, e s'egli l'avesse fatto, anche istituendoli eredi, questo atto sarebbe al tutto nullo, e non varrebbe neppur come fedecommesso (3).

(1) C. 6. 58. 10. — (2) D. 28. 6. 10. § 5. f. Ulp. — Salvo sempre ciò che abbiam detto qui sopra p. 350 pel caso dell'arrogazione — (3) D. 28. 6. 7. f. Pap.

Hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere. Ma si avverta la differenza: quì il testatore dispone della sua propria successione. Egli per vigore del suo dritto di proprietà sui beni suoi propri li lascia col peso di restituirli ad un altro; ma la sua disposizione non tocca per nulla i beni che non gli appartengono, e che compongono l' eredità altrui. Egli non dà un erede ad altrui, ma dà a se medesimo un fedecommessario.

Sostituzioni fatte da' soldati.

Tutte le regole che quì abbiamo esposte non si applicano ai soldati. Il privilegio militare dava loro il dritto di fare il testamento del loro figliuolo senza fare il loro (1); il testamento pupillare era valido eziandio nel caso, che niuno accettasse l' eredità del padre (2): non era vietato di restringere l' effetto della sostituzione ai beni ch' essi aveano trasmessi (3); potevano, ma unicamente pe' beni che provenivano dalla loro eredità sostituire al loro figliuolo in potestà anche oltre l' età della pubertà; al loro figliuolo emancipato (5), ed eziandio all' estraneo (6).

Sostituzione con autorizzazione del principe.

Il principe poteva dare per rescritto ad un capo di famiglia l' autorizzazione di fare il testamento del suo figliuolo pubere, ma che non era in istato di farlo da se, o perchè era sordo e muto, o per alcun altra cagione che gli togliesse l' esercizio del dritto, e non il dritto in se medesimo (7). Quest' autorizzazione individuale è quella che Giustiniano ha trasformata pel caso di pazzia, in un dritto generale, di cui ha fatto una spezie particolare di sostituzione alla quale ha assegnato delle regole speciali, secondo che noi quì sopra abbiam narrato § 1. pag. 346.

(1) D. 28. 6. 2. § 1. f. Ulp. — (2) D. 29. 1. 41. § 3. f. Tryph. — (3) D. 28. 5. 10. § 5. f. Ulp. — (4) Ivi 15. f, Pap. — (5) D. 29. 1. 41. § 4. — (6) Ivi 5. f. Ulp. — Cod. 6. 21. 6. — (7) D. 28. 6. 43. Paul.

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Testamentum jure factum usque adeo valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

TITOLO XVII.

PER QUALI MODI S'INVALIDANO I TESTAMENTI.

Il testamento fatto secondo le regole del dritto vale e dura fino a tanto che non sia rotto, o fatto inutile.

Il testamento nel quale non si sono osservate tutte le forme, e le condizioni essenziali alla sua validità, secondo che sopra abbiamo esposto, è nullo fin dal principio. Ma può eziandio avvenire che un testamento, tuttochè nella sua formazione non siasi trasandata alcuna formalità, non produca verun effetto. Questo accade quando esso si rompe (*ruptum*), quando diviene inutile (*irritum*), o quando è abbandonato (*destitutum*).

I giureconsulti hanno attribuito a queste parole un senso diverso, ed han voluto con differenti espressioni indicare differenti cagioni di nullità pe' testamenti. Così essi han chiamato *injustum*, *non jure factum*, *inutile*, e talvolta *imperfectum* quello che non è stato fatto secondo le regole del dritto; *nullius momenti* quello in cui il figliuolo in potestà si è trasandato; *ruptum* quello, che è rotto, o rivocato per l'agnazione d'un erede suo, o per un testamento posteriore; *irritum* quello che è divenuto inutile per mutamento di stato del testatore; *destitutum* quello, per vigor del quale niuno è andato all'eredità (1). In quest'ultimo caso il testamento è talvolta chiamato anche *irritum*.

I. Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium, per imperatorem, eum qui sui juris est, aut per praetorem, secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.

1. Il testamento poi si rompe quando rimanendo il testatore nel medesimo stato ch'egli è, si vizia la ragione stessa del testamento. Perciocchè se alcuno dopo che avrà fatto testamento si adotterà per figliuolo per via dell'imperadore colui che è uomo di sua ragione, o per via del pretore, secondo la nostra costituzione, colui ch'era in potestà del padre, il suo testamento si rompe, quasichè gli sia nato un suo erede.

(1) D. 28. 3. 1. f. Pap. — Qui appresso § 5.

Il testamento si rompe per due cagioni: 1° per l'agnazione di un erede suo, che non è stato nè istituito, nè legalmente diseredato; 2° per la formazione d'un testamento posteriore. Questo paragrafo tratta del primo caso.

Vi ha agnazione d'un erede suo ogni volta che alcuno viene in potestà del testatore senza niuna persona di mezzo. Così il testamento è rotto: 1° se dopo la sua formazione nasce al testatore un figliuolo, o una figliuola; 2° se per effetto della morte o dell'emancipazione del padre, il nipote trovasi senza alcuna intermezza persona sotto la potestà del testatore; 3° se per adozione, o arrogazione alcuno entra come figliuolo, o come nipote senza indicazione di padre, nella famiglia del testatore; 4° nel dritto antico se la moglie che passava sotto la mano, nel dominio del marito (*in manu*), entrava in questa maniera nella famiglia di lui nel grado di figliuola (1); 5° lo stesso era quando il figliuolo fatto libero, dopo una prima o seconda mancipazione ricadeva sotto la potestà del padre (2); 6° ed eziandio quando un figliuolo nato del matrimonio contratto con una straniera, o con una Latina (*peregrina vel Latina*) che era stata sposata come cittadina romana, valendosi del benefizio dato dal senato consulto provava che il matrimonio era stato contratto in buona fede (3).

Noi abbiamo già esposto al titolo della diseredazione, pag. 304 e seg. il modo di evitare che il testamento si rompa per l'agnazione d'un postumo, o d'un quasi postumo, istituendoli eredi, ovvero diseredandoli. Ma negli altri casi di agnazione che qui sopra abbiamo annoverati, il testamento sempre si rompeva *omni modo*, dice Gaio o che gli eredi suoi nuovamente sopraggiunti vi fossero stati istituiti, o che vi fossero stati anticipatamente diseredati. Intorno alla diseredazione non v'era alcun dubbio: essa era nulla come quella ch'erasi fatta contro persone, le quali al momento della formazione del testamento non erano nel numero degli eredi suoi, ed alle quali non s'era potuto per conseguenza torre un dritto che non ancora avevano (4). Ma riguardo all'istituzione alcuni giureconsulti ammettevano che, se il nuovo erede suo sopravvenuto nella famiglia era stato istituito anticipatamente, il testamento non si rompeva. Questa opinione che è quella di Sce-

(1) Gai. 2. 139. — (2) Ivi 2. 141. — (3) Ivi 142. — (4) Ivi 2. 140, e 141.

vola e di Papiniano (1) prevalse appresso Giustiniano, il quale tolse via l'*omni modo* di Gaio.

Il rigore di cosiffatto principio fu eziandio temperato nell'ultimo caso di rottura, di cui abbiamo fatta menzione, quello cioè del matrimonio contratto di buona fede con una straniera o con una Latina. Nel dritto primitivo, quando il figliuolo provava la buona fede o prima o dopo la morte del testatore che fosse, il testamento era rotto, non ostante tutte le istituzioni, o diseredazioni possibili. Un nuovo Senato-consulto fatto a richiesta di Adriano decise, che se la pruova si era fatta innanzi la morte del padre, il testamento sarebbe rotto in ogni caso; che se per contrario la pruova non erasi fatta che dopo la morte di lui, il testamento sarebbe rotto solo nel caso che il figliuolo fosse stato omesso; ma se fosse stato istituito o diseredato, il testamento sarebbe valido; perciocchè, dice Gaio, sarebbe cosa ingiusta annullare un testamento, per la validità del quale si fossero usate tutte le precauzioni, ed annullarlo in un tempo che sarebbe impossibile farne un nuovo (*ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur, eo tempore, quo renovari non possent* (2).

II. Posteriore quoque testamento *quod jure perfectum est* superius rumpitur. Nec interest an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret decesserit; *aut conditione sub qua heres institutus est defectus sit*, in his casibus pater familias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore; et posterius aeque nullas habet vires cum ex eo nemo heres extiterit.

2. Il testamento fatto prima si rompe per un testamento *fatto validamente* dipoi, e non importa se alcuno sia stato erede per quel testamento fatto dipoi, o no; perciocchè si guarda solamente questo, s'egli abbia potuto esser erede. Se dunque l'istituito avrà rifiutata l'eredità, ovvero, vivendo il testatore, o dopo la morte di lui si sarà morto innanzi che sia andato all'eredità, o innanzi che sia giunta la condizione, con la quale egli fu istituito erede, in questi casi il padre di famiglia si muore intestato. Perciocchè il primo testamento non vale per esser rotto dal secondo, ed il secondo non ha vigore alcuno non vi essendo stato per esso un erede.

Quod jure perfectum est. Egli è cosa manifesta che per queste parole s'intende, nel modo ch'è richiesto per ciascuna specie di

(1) D. 28. 2. 23. — 28. 3. 18. — (2) G. 2. 143.

testamento; così il testamento militare comechè dispensato da ogni formalità, è regolare e può annullare un testamento anteriore (1). Ulpiano fa menzione di un caso, in cui un testamento benchè non regolare basta per toglier forza ad un precedente testamento; e questo è quando l'erede scritto nel secondo testamento potrebbe venire alla successione *ab intestato* (2). Teodosio in una costituzione inserita nel codice ripete questa medesima dottrina, dicendo che il secondo scritto varrà non come testamento, ma come ultima volontà dell'intestato: « *Secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus.* » In questo caso basteranno cinque testimoni che abbiano prestato giuramento. « *In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt* » (3).

Aut conditione, sub qua heres institutus est defectus sit ». Egli è ben importante, dice Pomponio, di distinguere quale spezie di condizione sia stata imposta; se essa si riferisca al passato, al presente, o al futuro. Al passato, si esprime in questa forma; se Tizio è stato console. Se questo fatto è vero, cioè se Tizio realmente è stato console, l'istituzione fatta in questa maniera basta a rompere il testamento anteriore; perciocchè vi può essere un erede; se per contrario Tizio non è stato console, il primo testamento non si romperà. Se la condizione si riferisce al presente, per esempio, se Tizio è console, noi avremo la medesima risoluzione; se il fatto è vero vi può essere un erede, ed il testamento è rotto; se è falso non vi può esser erede, ed il testamento resta valido. La ragione è che quì non vi ha vera condizione; vi ha ignoranza dell'avvenimento, ma non possibilità che accada o non accada. Rispetto alle vere condizioni, le quali si riferiscono ad un fatto futuro, ed incerto ma possibile, esse bastano per rompere il testamento eziandio che l'avvenimento non si effettuasse. Quanto alle condizioni impossibili, queste si hanno come non iscritte (4).

III. Sed si quis priore testamento jure perfecto, posterius aeque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse divi Seve-

3. Ma se alcuno, fatto validamente il primo testamento, farà il secondo similmente perfetto, con tutto che in questo abbia istituito un erede di alcune cose particolari; nondimeno il

(1) D. 28. 3. 2. f. Ulp. — (2) Ivi — (3) C. 6. 23. 21. § 3. — (4) D. 28. 3. 16.

rus, et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum aliud quoque praeterea in ea constitutione expressum est: « Imperatores Severus, et Antoninius Augusti Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta *ex lege Falcidia*, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter insperta verba secundo testamento, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. » Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

primo testamento non vale, siccome rescrissero i divini Severo ed Antonino, le parole della costituzione de' quali abbiamo comandato che sieno quì inserite, essendovi eziandio in tal costituzione espresse altre cose. Gl' imperadori Severo ed Antonino Augusti a Cocceio Campano. Il secondo testamento, quantunque in esso sia istituito un erede di cose particolari, vale per dritto, non altrimenti che se non fosse stata fatta menzione d'alcuna di quelle cose. E non si dee dubitare che l'erede scritto contento delle cose a lui assegnate, o della quarta parte in supplemento per la legge Falcidia, sia tenuto a restituire l'eredità a coloro che nel primo testamento furono scritti eredi per le parole messe nel secondo testamento, per le quali si diceva che il primo dovesse valere. » Ed in questa maniera si rompe il testamento.

Ex lege Falcidia. Non era precisamente la legge Falcidia quella, per vigor della quale l' erede fiduciario poteva ritenere la quarta parte dell' eredità, ma sibbene il senato-consulto Pegasiamo, come più innanzi vedremo (quì appresso tit. 23 § 5.). La legge Falcidia si applicava a' legati, il senato-consulto ai fedecommessi; e questo si era introdotto ad imitazione della legge Falcidia.

Un testamento quantunque rotto non è sempre privo di ogni effetto; esso può in taluni casi, quando sia fornito de' suggelli di sette testimoni servire per ottener dal pretore il possesso de' beni *secundum tabulas* (1).

In fatti per dare cosiffatto possesso de'beni il pretore non considera che due epoche: il momento della formazione del testamento, e quello della morte del testatore. Se dunque in questo mezzo è nato un postumo omesso dal testatore, questo solo fatto basta per rompere il testamento *jure civili*; ma agli occhi del pretore esso non sarà rotto se non nel caso che il figliuolo omesso sopravviva al testatore. Se il figliuolo è morto prima di lui, il testamento quantunque rotto secondo lo stretto dritto, potrà servire ad ottenere il

(1) Gai 2. 147.

possesso de' beni (1); lo stesso sarà nel caso che il testatore lasciando sussistere l' atto del suo primo testamento avesse distrutto il secondo (2).

IV. Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is qui fecit testamentum capite deminutus sit. Quod quibus modis accidat primo libro retulimus.

4. Oltre a ciò i testamenti rettamente fatti s'indeboliscono in un altro modo, come sarebbe se colui che avesse fatto il testamento patisse diminuzione di capo, la qual cosa come soglia avvenire, abbiam detto nel primo libro.

Si tratta del caso che il testamento quantunque regolare e valido in se medesimo diviene inutile *irritum*, perchè il testatore abbia fatto mutamento di persona, di stato, di capacità. Noi abbiamo spiegato quì sopra p.285 perchè secondo il dritto civile tutte le diminuzioni di capo producevano quest' effetto, ed abbiamo esposto a questo riguardo i privilegi che provenivano dallo stato militare.

V. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin et quae rumpuntur, irrita fiant; et quae statim ab initio non jure fiunt irrita sunt; et ea quae jure facta sunt, et postea propter capitis diminutionem irrita fiunt possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non jure facta dicuntur, quaedam jure facta rumpi, vel irrita fieri.

5. Ed in questo caso si dice che i testamenti divengono inutili. Egli è vero che i testamenti che son rotti sono parimente inutili, e quelli che non son fatti validamente a principio, sono eziandio inutili, e reciprocamente quei testamenti che da principio rettamente fatti son poi per diminuzione di capo divenuti inutili, possono esattamente dirsi rotti; ma perchè tornava comodo distinguere con differenti nomi le varie cause che viziano i testamenti, però si è detto che alcuni testamenti sono *irregolarmente fatti*, ed altri che a principio son regolari son detti *rotti*, o *inutili*.

VI. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae ab initio jure facta per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, *potest scriptus heres* SECUNDUM TABULAS *bonorum possessionem agnoscere*, si modo defunctus et civis romanus et suae potesta-

6. Non è per questo che in tutto non vagliono que' testamenti, che a principio giustamente fatti divengono inutili per diminuzione di capo. Perciocchè se son sigillati da sette testimoni, ed il defunto nel tempo della sua morte fu cittadino romano, e di sua propria ragione, *l'erede scritto può aver*

(1) D. 28. 3. 12. pr. f. Ulp. — (2) D. 2. 37. 11. 11. § 2.

tis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amiserit, aut quia in adoptionem se dederit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres SECUNDUM TABULAS bonorum possessionem petere.

il possesso de' beni SECONDO LE TAVOLE, conciosiachè se il testamento sarà divenuto inutile, perchè il testatore abbia perduto la cittadinanza o la libertà, o perchè siasi dato in adozione, e nel tempo della sua morte si sia trovato in potestà del padre adottivo, l'erede scritto non può chiedere il possesso de' beni SECONDO LE TAVOLE.

Potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere. Questo è un temperamento introdotto dal dritto pretorio pel caso che il testamento fosse divenuto rigorosamente *irritum*, come per quello che fosse rigorosamente rotto secondo, che qui sopra abbiam detto § 3. Così quando il testatore dopo aver sofferto una diminuzione di capo posteriormente alla formazione del testamento, sarà, prima della sua morte, ritornato al suo primo stato; per esempio allorchè ridotto in ischiavitù, deportato, adottato o arrogato, avrà, prima della sua morte, ricuperato i suoi dritti, per la liberazione, la grazia del principe, o l'emancipazione, per lo stretto dritto il suo testamento divenuto *irritum* non tornerà ad esser valido, ma pel dritto pretorio potrà servire ad ottenere il possesso de' beni. Cosiffatto è il temperamento recato dal pretore a' rigorosi principi che noi abbiamo esposti pag. 290 intorno all'epoca in cui la capacità di testare debb' esser nella persona del testatore.

Nel caso di arrogazione non bastava che il testatore arrogato fosse stato di poi emancipato; era necessario inoltre, per ottenere il possesso de' beni, di produrre una dichiarazione del defunto indicante ch' egli intendeva far rivivere il suo testamento; perciocchè essendo stata l' arrogazione un atto interamente volontario da sua parte, il quale avea prodotto l' alienazione di tutti i suoi beni, vi si scorgeva, quanto alla disposizione testamentaria di questi medesimi beni, la manifestazione di un mutamento di volontà che rendeva necessaria dopo la sua emancipazione la pruova del ritorno alla sua prima volontà. In difetto di tal pruova l' istituito, che domandava il possesso de'beni, era respinto con l' eccezione di dolo (*doli mali*) (1). Ma Giustiniano non riproduce nelle Instituzioni questa re-

(1) D. 37. 11. 11. § 2.

golà speciale: forse perchè, siccome, secondo la legislazione di questo principe, l'arrogato conservava la nuda proprietà de' beni, l'arrogazione non indicava più da parte sua, quanto alla disposizione testamentaria di questi beni, un mutamento di volontà sufficiente a render necessaria la pruova contraria.

Sotto l'espressione *irritum* inutile i giureconsulti comprendevano talvolta anche il testamento, che non dava un erede *non adita hereditate* (1), quando cioè l'istituito non faceva l'adizione o per determinazione della sua volontà, o per incapacità, ovvero quando otteneva la restituzione *in integrum* contro l'adizione che a principio aveva fatto. Ma siffatto testamento più spezialmente era detto *destitutum*, o *desertum*, abbandonato.

VII. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, *quod postea testator id noluit valere*: usque adeo ut si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit, et aut mortalitate praeventus, aut quia eum ejus rei poenituit non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

7. Il testamento non si può indebolire solamente perchè il testatore di poi *non voglia che quel testamento sia valido*, in tanto che se alcuno avrà fatto il primo testamento, e comincerà poi a far il secondo, e prevenuto dalla morte o pentito non lo finirà, per costituzione del divino Pertinace si avverte che il primo testamento legalmente fatto, non s' intenda esser altrimenti invalido, se non quando il secondo fosse egualmente regolare, e perfetto; perciocchè il testamento non finito, senz' alcun dubbio è nullo.

Quod postea testator id noluit valere. Ma neppure è assolutamente indispensabile che il testatore faccia un nuovo testamento per rivocare il primo. La rivocazione sarà sufficientemente operata con la distruzione, o alterazione dell'atto medesimo, perciocchè siffatta distruzione è fatta volontariamente con intenzione di morire intestato (2).

Teodosio avea eziandio dichiarato che dopo dieci anni dalla data i testamenti non sarebbero più validi (3); ma Giustiniano modificando tale disposizione volle che oltre il decorso del tempo, a questa prima circostanza si aggiugnesse la pruova d' un mutamento

(1) D. 28. 3. 1.—(2) D. 28. 4. 1. f. Ulp.; 4. f. Pap. —(3) C. Theod. 4. 4. 6.

di volontà espressa in un atto autentico, o in presenza di tre testimoni (1).

VIII. Eadem oratione expressit non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum; neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit, aliquid adeptu-rum. Secundum hoc divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt; « Licet enim inquiunt, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus. »

8. Nell'esposizione della medesima legge il divino Pertinace dice che egli non accetterebbe l'eredità di colui che per cagione di lite (2) avesse istituito erede il principe, e ch'egli non approverebbe quelle tavole del testamento non legittimamente fatte, nelle quali egli fosse istituito erede per sanarne i vizi. Nè accetterebbe il titolo di erede per semplice voce del testatore, nè terrebbe cosa alcuna per effetto di scrittura, alla quale mancasse l'autorità del dritto. E questo più volte è stato rescritto da' divini Severo, ed Antonino: « Quantunque, dicono essi, noi siamo sciolti dalle leggi, nondimeno viviamo sotto le leggi. »

TITULUS XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

TITOLO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFFICIOSO.

Secondo il dritto civile, ed ancora secondo il dritto introdotto dall'uso, e dall'interpetrazione relativamente alla diseredazione, bastava al capo di famiglia di dichiarare ch'egli diseredava il suo figliuolo, ed alla madre o altri ascendenti materni, di passar sotto silenzio i loro discendenti, perchè questi non avessero alcun dritto alla loro eredità. L'uso, e l'interpetrazione de' prudenti introdussero un nuovo mezzo di mitigar cosiffatto rigore (3).

Quia plerumque parentes *sine causa* liberos suos *exheredant, vel omittunt* inductum est ut de inofficioso agere possint liberi qui queruntur aut inique se exheredatos, aut inique praeteritos: hoc colore quasi non sanae mentis fuerint cum testamentum ordi-

Perchè per lo più suole avvenire che i padri senz'alcuna cagione avere diseredano i loro discendenti, ovvero non ne fanno menzione, è stato introdotto che i discendenti possano impugnare come inofficioso il testamento, quando si dolgono di essere stati ingiusta-

(1) Cod. 6. 23. 27. — (2) Per dare all'avversario il principe per contraditore — (3) Ved. quel che ho detto intorno a ciò *Histoire du droit* p. 227.

parent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

mente diseredati, o passati sotto silenzio, con questo colore che essi testatori quasi non siano stati di sana mente quando ordinarono il testamento. Per questo non si dice che il testatore veramente fosse pazzo; perciocchè egli rettamente testò, ma non secondo l'officio della pietà. Chè altrimente se il testatore fosse pazzo, il testamento senz'altro sarebbe nullo.

Chiamasi inofficioso quel testamento che è contrario a' doveri della pietà tra parenti (*in officium*); Paolo nelle sue Sentenze così lo definisce: « *Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum* » (1); cioè quello nel quale il testatore ha diseredato o passato sotto silenzio senza alcuna legittima cagione i figliuoli, o i parenti, che l'affezione e la pietà naturale gl'imponevano di chiamare alla sua eredità. L'uso introdusse il dritto d'impugnare, e far annullare cotali testamenti. L'origine di siffatto dritto non è fissata in modo preciso, ma certamente rimonta al tempo della repubblica verso il quinto, o sesto secolo di Roma; in una delle aringhe di Cicerone contro Verre se ne fa menzione (2). L'azione contro il testamento inofficioso intentavasi innanzi ai Centumviri, come tutte le altre azioni per petizione di eredità (3). Questi magistrati se trovavano il testamento contrario alla pietà di famiglia (*inofficiosum*), ne pronunziavano la nullità; l'eredità testamentaria cadeva con tutte le disposizioni contenute nel testamento, e l'eredità *ab intestato* si apriva a favore di coloro che eran chiamati dalla legge (4).

Sine causa. Ma se il testatore aveva avuto giusta cagione di diseredare, o lasciare addietro il parente che si querelava, il testamento non era inofficioso, e non se ne pronunziava la nullità. Le cagioni non erano legislativamente determinate, ma erano in ciascuna causa abbandonate alla discrezione del giudice, ed il testatore non avea alcun obbligo di esprimerle nel suo testamento. Di tal fatta era il dritto anche dopo le Instituzioni. Ma con una po-

(1) Paul. Sent. 3. 5. 1. — (2) Cicer. *in Verr.* 1. 42. — *De orat.* 1. 38, 57. — (3) Ved. quel che si è detto de' Centumviri *Histoire du droit*. p. 139. — (4) D. 5. 2. 6. § 1; 8. § 16. f. Ulp.

steriore Novella Giustiniano determinò quali sarebbero le giuste cagioni di diseredare, o passar sotto silenzio, e richiese che fossero espresse nel testamento (1).

Exheredant. Questo si riferisce al capo di famiglia rispetto ai figliuoli sottoposti alla sua potestà, che ha diseredati; perciocchè se li avesse soltanto passati sotto silenzio, il testamento sarebbe viziato, secondo le regole che abbiamo esposte intorno alla diseredazione; e per conseguente non vi sarebbe necessità nè dritto d'impugnarlo come inofficioso.

Vel omittunt. Questo si riferisce alla madre ed agli ascendenti materni o altri, riguardo ai discendenti che non hanno in loro potestà; perciocchè il loro silenzio basta, secondo il dritto rigoroso, per allontanare cotali discendenti dalla loro eredità.

1. Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. *Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus* ex sacris constitutionibus praelati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur, et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

1. E non solamente è permesso ai discendenti che possano accusare il testamento de' padri come inoficioso, ma è permesso eziandio a' padri di accusar il testamento de' discendenti. La sorella ed il fratello son preposti per le sacre costituzioni *alle persone turpi che sono scritte eredi*. Non possono dunque aver azione contro qualunque erede. Ed oltre ai fratelli ed alle sorelle i cognati non possono in modo alcuno muover querela, o movendola riportar vittoria.

Soror autem et frater; il che, secondo il dritto civile, inten-

(1) Queste cagioni riguardo a' figliuoli sono quattordici: 1.° se il figliuolo si è renduto colpevole d'un ingiuria grave verso suo padre; 2.° se lo ha percosso; 3.° se ha attentato alla sua vita; 4.° se per sua denunzia gli ha fatto soffrire qualche danno; 5.° s'egli vive in compagnia di malfattori; 6.° se ha voluto impedire a suo padre di far testamento; 7.° se l'ha abbandonato nella pazzia; 8.° se non l'ha riscattato dalla cattività; 9.° se il figliuolo è un eretico che non riconosce i quattro primi concili ecumenici; 10.° se ha accusato il padre di delitto capitale, salvo il delitto di lesa maestà; 11.° se ha avuto commercio con la madrigna, o con la concubina del padre; 12.° se si scrisse tra commedianti a malgrado di suo padre; 13.° se egli non vuole con la sua garentia far rilasciare suo padre arrestato per debiti; 14.° se una figliuola minore che il padre voleva maritare e dotare si abbandona ad una prostituzione mercenaria (Novella 115. cap. 3.).

devasi esclusivamente de'fratelli e delle sorelle agnati, membri della medesima famiglia; perciocchè essi soli erano eredi legittimi gli uni rispetto agli altri. La costituzione di Costantino, come trovasi nel codice Teodosiano, consacra ancora questo principio (1); ma Giustiniano ammette al dritto d' impugnare il testamento come inofficioso, tutt' i fratelli consanguinei cioè generati del medesimo padre o che fossero ancora nella medesima famiglia, o che ne fossero usciti (*durante agnatione vel non*). In conseguenza mettendo nel suo codice la costituzione di Costantino la fece modificare in questo senso (2). Cosiffatto era il dritto delle Instituzioni, secondo il quale, i fratelli uterini restavano esclusi dalla querela d' inofficiosità (3).

Turpibus personis scriptis heredibus: come sarebbe a dire gl' istrioni, i gladiatori, le prostitute, le persone notate d' infamia. Deesi a tal riguardo richiamare alla mente ciò che abbiam detto nella nostra *General: del dritto rom.* t. I p. 47 della perdita, o delle alterazioni dell' *existimatio*. All' occasione della querela d' inofficiosità conceduta a' fratelli ed alle sorelle, una costituzione di Costantino distingue con precisione i tre gradi tra l' infamia, la turpitudine, e la *levis nota* (4). In questi tre casi egualmente i fratelli e le sorelle hanno la querela d' inofficiosità. In somma il loro dritto era molto più ristretto di quello de' discendenti; perciocchè questi potevano querelarsi per cagione d' inofficiosità contro qualunque persona istituita erede, a loro danno, ma i fratelli e le sorelle nol potevano che contro le persone turpi (5).

II. Tam autem naturales liberi, quam ***secundum nostrae constitutionis divi-***

2. E tanto i discendenti naturali, quanto gli *adottivi secondo la divisio-*

(1) Cod. Theod. 2. 19. 1. e 2. — (2) Cod. 3. 28. 27. — (3) Secondo la novella 115 le giuste cause di omissione rispetto agli ascendenti sono otto: 1.° se hanno accusato i loro discendenti d'un delitto capitale; 2.° se han teso delle insidie contro la loro vita; 3.° avuto commercio con la moglie, o con la concubina del figliuolo; 4.° impedito che non facessero testamento; 5.° se non gli hanno riscattati dagl' inimici, 6.° se gli hanno abbandonati nella pazzia; 7.° per cagione di eresia; 8.° se il padre ha tentato di avvelenare la madre, o reciprocamente (Novella 115. cap. 4.) — (4) Cod. 3. 28. 27. const. Const. — (5) Rispetto a' fratelli, ed alle sorelle vi ha tre giuste cause di omissione 1.° per attentato alla vita; 2.° accusa di un delitto; 3.° grave danno nella facoltà (Novella 22. cap. 47).

sionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, *si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt.* Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. *Postumi quoque* qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

ne della nostra costituzione possono aver azione contro il testamento come inofficioso, *quando che essi non abbiano altro modo a poter pervenire ai beni del morto;* perciocchè chi può per altra via venire a tutta l'eredità, o ad una parte, non può impugnare il testamento come inofficioso. *I postumi parimente*, i quali non possono per altra ragione venire all'eredità, hanno libera licenza di far querela del testamento inofficioso.

Secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati: cioè secondo la distinzione stabilita dalla costituzione di Giustiniano tra i figliuoli adottati da persone estranee, e quelli adottati da un ascendente, o gli arrogati. Noi sappiamo che i primi non hanno più che un dritto di successione *ab intestato* sui beni del padre adottante, senza poter fare querela se sono stati omessi o diseredati, anche senza ragione (ved. qui sopra p. 311).

Si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Così l'azione per causa d' inofficiosità è un ultimo ricorso che si ha solamente quando non vi sia altro mezzo. Se per esempio si tratta d'un figliuolo che può invocare contro il testamento paterno la nullità, o il possesso de' beni *contra tabulas*, perchè non sia stato diseredato, egli non sarà ammesso ad impugnarlo come inofficioso; perciocchè ha un altra via da pervenire all' eredità. Lo stesso è a dire prima di Ciustiniano, delle figliuole, de' nipoti, o pronipoti, che in caso d' omessione aveano dritto di farsi ammettere per una parte in concorrenza con gl' istituiti. Lo stesso finalmente è a dire, secondo l' esempio arrecato da Ulpiano, dell' arrogato impubere ingiustamente diseredato, perchè egli ha in questo caso il dritto di richiedere la quarta Antonina (1).

Postumi quoque, Però, quando la loro nascita non dovea rompere il testamento; per esempio, allorchè il padre li avea diseredati, o quando trattavasi del testamento della madre, o d'un ascendente materno. L' azione per causa d' inofficiosità era loro aperta, e la riuscita non era dubbia; perciocchè era cosa ben evidente, che essendo postumi non avean potuto dare al testatore alcuna giusta ragione di trasandarli, o diseredarli.

(1 D. 5. 2. 8. § 15. — V. t. I. p. 323.

III. Sed haec ita accipienda sunt si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est: quod nostra constitutio ad verecundiam naturae introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, *in quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adjectum*, boni viri arbitratu debere eam compleri.

3. Ma tutto questo si debbe intendere quando il testatore non abbia lasciato lor cosa niuna nel suo testamento; il che è stato introdotto da noi con una nostra costituzione, per onestà della natura. Ma se fosse lasciata loro qualche parte dell'eredità o qualche cosa, cessando la querela d'inofficioso contro il testamento, essi avranno solamente il dritto di fare aggiungere quel che lor manca fino al quarto della parte legittima, quantunque il testatore non abbia scritto ch'essa si debba riempire, e ciò si farà per parere e per giudizio di qualche uomo da bene.

L'azione per causa d'inofficiosità del testamento diede origine ad una nuova teorica, cioè a quella della porzione legittima dovuta a' discendenti, ascendenti, o fratelli e sorelle nel loro grado di eredità *ab intestato*.

Noi non possiamo determinare positivamente a quale epoca, e per quale gradazione s'introdusse cosiffatta teorica; nondimeno la generazione probabile di tal diritto è questa. Se i discendenti, ascendenti, o fratelli e sorelle futuri eredi *ab intestato* del morto fossero stati da lui nel suo testamento istituiti per una parte qualunque per quanto piccola si voglia, non vi era rispetto a loro nè omissione, nè diseredazione: in questo stato di cose dovea il testamento annullarsi come inofficioso, o no? ovvero, [se il morto senza istituire queste persone per eredi, avea nondimeno lasciato loro una parte de' suoi beni per legato, donazione, o altrimenti, dovea il testamento tenersi eziandio come inofficioso? non poteva forse intervenire che nello stesso interesse del figliuolo, per esempio, per evitare i pesi, e la risponsabilità che trae seco la qualità di erede, gli avesse il padre lasciato una parte de' suoi beni a titolo di legato, o di donazione piuttosto che a titolo d'istituzione? Così stando la cosa qual parte de' beni bisognava che il testatore avesse lasciata per istituzione, per legato, o altrimente a' suoi discendenti, ascendenti, o fratelli e sorelle futuri eredi *ab intestato*, perchè il testamento non si avesse a riguardare come inofficioso? Intorno a tutte siffatte quistioni è

da osservare che a principio non vi dovè esser alcuna regola formale. L' azione per cagione d'inofficiosità non era un' azione di stretto dritto per un vizio assoluto e ben determinato. Il testamento non si annullava che come contrario a' doveri della parentela, come indicante nelle sue disposizioni una volontà irragionevole e senza riflessione. Ai centumviri si aspettava di estimare la cosa sotto questo riguardo, secondo le varie circostanze; essi dunque doveano giudicare se le liberalità del testatore verso i querelanti non erano sufficienti a soddisfare a' doveri, ed all' affezione della parentela; non vi era dunque nulla che fosse positivamente determinato e stabilito. Ma negli ultimi anni della repubblica nel 714 fu pubblicato sotto il nome di legge Falcidia (*lex* FALCIDIA) un plebiscito, di cui avremo fra breve a far parola (Ved. quì appresso tit. XXII), pel quale fu ordinato che ogni erede istituito per testamento non potesse esser gravato di legati, nè di fedecommessi oltre le tre quarte parti della sua porzione ereditaria, di maniera che sempre almeno un quarto franco e libero gli rimanesse. E sia che la legge Falcidia contenesse formalmente riguardo all' eredità *ab intestato* una disposizione analoga, a favore degli eredi del sangue, ai quali era aperta l' azione d' inofficiosità; o sia che per interpetrazione la detta legge si fosse estesa, il fatto è che a questi eredi del sangue fu attribuito il medesimo dritto che agli eredi istituiti, e che, sotto pena di far annullare il testamento come inofficioso, dovettero sempre, salvo una giusta causa di diseredazione o un intera omissione, avere la quarta parte della porzione ereditaria, che loro sarebbe spettata *ab intestato*. Tal' è l' origine di quella parte, che in una costituzione di Teodosio e di Valentiniano messa nel codice Teodosiano formalmente è detta *la Falcidia* (*solam eis Falcidiam debitae successionis relinquant*) (1); che una Novella di Maggioriano parimente appella *la quantità della legge Falcidia* (*sola Falcidiae qaantitas*) (2); che altri testi chiamano eziandio *la porzione dovuta per legge* (*portio legibus debita*), *porzione legittima* (*por-*

(1) Cod. Theod. 16. 7. 28. — Questo nome di *Falcidia* parimente le è dato in una costituzione di Arcadio, ed Onorio messa nel Codice di Giustiniano: 9. 8. 5. § 3. — (2) Divi Majoriani A legum novellarum lib. tit. 8. *De sanctimonialibus et viduis et de successionibus earum*. 1. § 3.

tio legitima) (1), onde i comentatori han dedotta la denominazione pura e semplice di *legittima* (2).

Id quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adjectum. Da principio era indispensabile che il testatore avesse dato egli medesimo la quarta parte compiuta, o almeno che avesse formalmente aggiunto alle sue disposizioni, che in caso d' insufficienza si dovesse compiere: altrimente si dava luogo all' azione per causa d' inofficiosità. Ed in questo stato trovavasi il dritto anche sotto Costantino, secondo una costituzione di lui messa nel codice Teodosiano (3). Giustiniano fu il primo a stabilire che eziandio nel caso che il testatore non avesse aggiunta questa disposizione (*licet non fuerit adjectum*), il diritto dell' erede del sangue si limiterebbe a far compiere il quarto: così per poca cosa che il testatore abbia lasciata all' erede del sangue, ciò basta ad escludere l' azione d' inofficiosità, e non rimane altro che l' azione in supplemento.

IV. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit *nomine suo de* inofficioso patris testamento agere.

4. Se un tutore avrà in nome d' un pupillo, di cui amministri la tutela, accettato un legato del testamento di suo padre, il quale nulla abbia lasciato ad esso tutore, può impugnare *per suo conto* il testamento del padre come inofficioso.

Nomine suo. L' accettazione ch' egli ha fatta d' un legato lasciato al suo pupillo non gli può essere opposta come una ratifica che egli abbia fatta del testamento; perciocchè in siffatta accettazione egli ha operato non già nel suo nome, ma nella sua qualità obbligatoria di tutore, adempiendo in ciò non un atto volon-

(1) C. 3. 28. 28. 30 e 31. — (2) Cujacio era stato indotto dall' intitolazione probabilmente alterata d' una legge del Digesto (5. 2. 4. f. Gai.) ad attribuire l' origine della porzione legittima ad una certa legge *Glicia* interamente ignota. Ma l' esposizione che noi ora ne abbiam fatta, il nome di *Falcidia* che le è dato dalle costituzioni degl' imperadori, e che noi troviamo eziandio nella *legge romana de' Borgognoni* 31. (30), ed anche appresso i Franchi, come lo dimostra il Savigny nella sua storia del dritto romano al medio evo (t. 2. c. 9. § 41. — vol. 1. p. 72. nota 5 della traduzione), parecchie altre autorità, tutto in fine ci prova che la porzione legittima degli eredi del sangue deriva se non testualmente, almeno per estensione dalla legge Falcia. — (3) C. Theod. 2. 19. 4.

tario, ma un dovere forzato. Egli dunque avrà libera licenza di impugnare nel suo proprio nome (*nomine suo*) il testamento come inofficioso. La cosa andrebbe altramente, se l' atto d' approvazione anche indiretta fosse stato interamente libero e volontario da parte sua, come sarebbe se egli avesse assunta la qualità di avvocato, o di procuratore per domandare il rilascio d'un legato a nome d'un legatario (1).

V. Sed si e contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit de inofficioso egerit, *et superatus est*, tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

5. Per il contrario se il tutore a nome del pupillo, al quale non fu lasciata cosa alcuna intenterà l' azione d' inofficiosità, e *soccumberà*, non perderà il legato che gli è stato lasciato in quel medesimo testamento.

Et superatus est. Quì l' ipotesi è tutta al contrario, ma la ragione di decidere è la medesima. Si ha da sapere, per l'intelligenza di questa decisione che ogni erede il quale avea impugnato a torto il testamento come inofficioso, e la cui domanda veniva rigettata, perdeva, come indegno, i legati, o altre disposizioni messe in quel testamento a favore di lui; ed in tal caso ne faceva guadagno il fisco (2). Ma qui il tutore non avendo intentata l' azione nel suo proprio nome, nè volontariamente, non è incorso in alcuna indegnità.

VI. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati aut fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos, *in iis tantummodo casibus quorum mentionem fecit nostra constitutio; vel aliis modis qui constitutionibus continentur*. Quod autem de quarta diximus ita intelligendum est ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata eis distribuatur, idest pro virili portione quarta.

6. Adunque, acciocchè alcuno non possa intentar l' azione d' inofficiosità, debbe aver la quarta parte lasciata o per eredità, o per legato, o per fedecommesso, o per donazione per causa di morte, o per donazione tra vivi, *ma in quei casi però, de' quali si fa menzione nella nostra costituzione, o in qualunque altro modo contenuto nelle costituzioni.* E quello che abbiamo detto della quarta parte si debbe intendere a questo modo che se sarà un solo, o più coloro ai quali è lecito impugnare il testamento come inofficioso, si debba dar loro una sola quarta parte, la quale si distribuisca tra loro per rata, vale a dire a ciascuno il quarto della sua porzione virile.

(1) D. 5. 2. 32. f. Paul. — (2) D. 5. 28. § 14. f. Ulp.

Questo paragrafo dà luogo ad esaminar due quistioni, che per altro sono essenzialmente correlative: 1° In che modo si ha da fare il computo per determinare la porzione legittima? 2° a qual titolo, ovvero per qual sorta di liberalità deesi lasciar questa porzione agli eredi del sangue?

Per determinare la porzione legittima si vuol considerare il patrimonio del morto qual esso era al momento della sua morte (1), fatta deduzione delle spese funebri, de' debiti, e liberazioni di schiavi (2); per altro tutte le cose che formano l' oggetto di legati, ed altre liberalità testamentarie vi son sempre comprese, perciocchè esse nel momento della morte sono ancora nel patrimonio. Vi si comprendono eziandio a questo titolo le donazioni a causa di morte (3), E di tutta questa massa così formata prendendo la quarta parte si avrà il valore della porzione legittima.

Le donazioni tra vivi, che il morto per avventura avesse fatte vivendo, non entrano nella massa pel computo della porzione legittima; perciocchè esse non erano più nel patrimonio del defunto al momento della sua morte: tranne nondimeno il caso, che non fossero esse medesime impugnate per cagione d' inofficiosità per aver oltremodo esaurito il patrimonio del morto, nello scopo di render vana ed illusoria la querela d'inofficiosità testamentaria; perocchè noi sappiamo da un titolo particolare del Codice e da' frammenti del Vaticano scoperti non ha guari, che siffatta azione era ammessa contro le donazioni (4).

Ma se l' erede del sangue avea ricevuto dal testatore alcune liberalità, doveano queste entrar nella massa pel computo della porzione legittima? Rispetto ai legati, fedecommessi, o donazioni a causa di morte non v' era dubbio alcuno. Poco importava se queste liberalità fossero state fatte all'erede del sangue, o a qualsivoglia altra persona: la regola generale era che esse si computavano nella massa, perciocchè facevano ancora parte del patrimonio al momento della morte, e tutto quello che a tal titolo era stato lasciato

(1) C. 3. 28. 6. — (2) Paul. Sent. 3. 5. 6.— D. 5. 2. 8. § 9. — (3) C. 8. 57. 2.—Ved. su tutto questo i particolari che ne daremo qui appresso tit. 22. § 3. pel computo della Falcidia; le regole generali sono le medesime, perciocchè, questa è una sperie di Falcidia. — (4) Vatic. Jur. Fragm. §§ 270, 271, 280, 281, 282. — C. 3. 29.

all' erede del sangue si computava come altrettanto da doversi imputare sulla quota che gli spettava.

Quanto alle donazioni tra vivi ricevute dall' erede del sangue, vivendo il testatore, vi erano delle distinzioni a fare. Giacchè la regola generale era che le donazioni tra vivi non entravano nella massa, questa regola dovea aver luogo per le donazioni fatte all' erede del sangue non altrimenti che per quelle fatte ad ogni altra persona. Adunque soltanto per eccezione l'erede del sangue era tenuto a farle entrar nella massa, e ad imputarle sulla sua porzione legittima, in taluni casi, che il testo sommariamente accenna.

In iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio. Cioè nel caso che la donazione tra vivi gli era stata fatta sotto la condizione espressa che si dovesse imputar sulla legittima: l'accettazione di cosiffatta condizione non toglieva all' erede il dritto di reclamare, ma l' obbligava ad imputare la donazione, e per conseguenza a non poter altro reclamare che il compimento della sua quarta (1). Ed ancora nel caso che si trattava di ciò che gli era stato donato tra vivi a fine di comperare un impiego, o un grado militare (*ad militiam emendam*) (2).

Vel aliis modis qui constitutionibus continentur. : In alcune edizioni si legge erroneamente nel testo, *nostris constitutionibus*; non si tratta più della costituzione di Giustiniano, ma delle costitutuzioni in generale, come si può vedere dalla parafrasi di Teofilo. Questi casi son quelli della dote, e della donazione per causa di nozze che entrano nella massa pel computo della porzione legittima, e su questa vengono imputate (3).

Giustiniano ha eziandio per alcune sue Novelle introdotto in questi diversi punti delle importanti modificazioni. Così egli ha aumentata la quantità della porzione legittima, la quale non debb' essere più solamente del quarto, ma della metà della successione, se i legittimari sono più di quattro; e nel caso contrario, del terzo. Questo aumento ha luogo tanto pe' discendenti, quanto per gli ascendenti, fratelli o sorelle, a favore de'quali l'azione d' inofficiosità era stata a principio introdotta (4).

(1) D. 5. 2. 25. pr. f. Ulp. — C. 3. 28. 35. § 2. costituzione di Giustiniano — (2) C. ivi 30. § 2. cost. di Giustiniano. — Si vede da questa costituzione che alcuni gradi militari erano già venali a quel tempo. — (3) C. 3. 38. 29. constit. Zenon. ; 30. § 2. — C. 6. 20. 20. pr. — (4) Novel. 18. cap. 1.

Non è più lecito di passar sotto silenzio, e diseredare i discendenti, o gli ascendenti, anche quando si è lasciata loro la porzione legittima a titolo di donazione, di legato, o di fedecommesso: è necessario dar loro la qualità di eredi, fosse pur per un oggetto particolare, salvo a compiere ciò che manca alla porzione legittima (1).

Secondo il dritto civile, ed anche secondo il dritto delle Instituzioni, il testamento annullato come inofficioso, era annullato per intero, e tutte le sue disposizioni venivano meno. Secondo la medesima novella di Giustiniano, esso non sarà annullato se non per quel che riguarda l' istituzione di erede; ma i legati, i fedecommessi, le manomissioni, le nomine di tutori sussisteranno, e saranno eseguite (2).

L' azione contro il testamento per cagione d' inofficiosità si trova in diversi casi estinta: 1° Se il querelante ha transatto con gli eredi, perciocchè la promessa di non attaccare il testamento fatta, vivendo ancora il testatore, sarebbe nulla, ma dopo la sua morte, può aver luogo la transazione (3); 2° se egli ha abbandonata la sua azione (4); 3° se ha riconosciuto il testamento come buono e valido (*agnovit judicium testatoris*) o direttamente, o indirettamente; per esempio, ricevendo un legato, chiedendo l' esecuzione di qualcuna tra le sue disposizioni (5); 4° s'egli ha lasciato trascorrere il termine fissato anticamente a due anni soltanto (6), ma esteso dipoi a cinque (7); a capo di questo spazio di tempo, che non comincia a correre se non dal giorno dell' adizione (8),

(1) Novel. 115. cap. 3, e 4. — (2) Ivi *in fine*. — (3) D. 5. 2. 27. — C. 3. 28. 35. § 2. — Paul. Sent. 4. 5. 8. — (4) D. 5. 2. 8. §. 1. — (5) Ivi 23. § 1; 31 §§ 2, 3, e 4. — (6) Lettere di Plinio 5. 1. — (7) Noi troviamo l'enunciazione di questo termine in una costituzione degl' imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio, messa nel codice Teodosiano 2. 19. 5; in una costituzione molto anteriore (anno 259) degl' imperadori Valeriano, e Galliano nel codice di Giustiniano 3. 28. 16.; ed in fine due frammenti al Digesto possono far pensare che il termine era già esteso a cinque anni al tempo d'Ulpiano, e di Modestino D. 5. 2. 8. § 17. f. Ulp.—9. f. Modest.—(8) C. 3. 28. 36. § 2. cost. Giust. Per questa costituzione Giustiniano conferma l' avviso di Ulpiano, e ributta quello di Modestino, il quale voleva far correre il termine dal giorno della morte; Giustiniano impone nel tempo medesimo all' erede istituito l'obbligo di manifestare in questo caso, la sua intenzione intorno all'adizione, nel termine di sei mesi, o di un anno, secondo che abita nella medesima provincia, o al di là.

l' azione del testamento inofficioso è prescritta, perchè si reputa aver col suo silenzio approvato il testamento; 5° s' egli muore senz' aver intentata nè preparata l' azione; ma s' ei l' avesse preparata, vale a dire avesse manifestato l' intenzione d' intentarla, e cominciato a dare delle disposizioni a tal riguardo, il dritto d' intentarla passerebbe a' suoi eredi (1).

Non è lo stesso dell' azione per compimento della porzione legittima: essa non si estingue nè per riconoscimento del testamento, nè per prescrizione di due o di cinque anni, nè per la morte del legittimario (2).

TITULUS XIX.

DE HEREDUM QUALITATE, ET DIFFERENTIA.

Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei.

TITOLO XIX.

DELLA QUALITA', E DELLA DIFFERENZA DEGLI EREDI.

Gli eredi son detti o necessari, o suoi e necessari, o estranei.

La differenza tra questi tre ordini di eredi consiste essenzialmente nella maniera di acquistare, o di poter rifiutare l' eredità. E però il presente titolo tratta dell' acquisto, e della rinunzia delle eredità.

I. Necessarius heres est *servus heres institutus*: ideo sic appellatus, quia *sive velit*, *sive nolit*, omnimodo *post mortem testatoris*, protinus liber, et necessarius heres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum

1. L'erede necessario è *lo schiavo istituito erede*, ed è così chiamato, percioc chè *o voglia*, *o non voglia*, subito *dopo la morte del testatore* diviene libero, ed erede necessario. Laonde coloro che dubitano della loro facoltà sogliono isti-

(1) D. 5. 2. 6. §. 2. — Ivi 7. — C. 3. 28. 5. — Nel caso particolare di cui nella precedente nota abbiam parlato, se il legittimario morisse prima di spirare il termine prefisso all' istituito per manifestare la sua intenzione, trasmetterebbe l' azione a' suoi discendenti quando anche non l'avesse ancora preparata; ma questo favore non avrebbe luogo per altri eredi diversi da' discendenti. — (2) C. 3. 28. 35. § 2. — Ivi 34. *in fine*. — Malamente si ragionerebbe se da questa costituzione si volesse inferire, che anche l' azione per supplemento si prescriveva, in cinque anni.

suum primo, vel secundo, vel etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, *potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur*, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo *illud ei commodum praestatur* ut ea, quae post mortem patroni sui sibi adquisierit, ei reserventur. Et quamvis non sufficiant bona defuncti creditoribus, tamen ex alia causa quae sibi adquisivit, non veneunt.

tuir erede qualcuno de' loro schiavi, nel primo grado, nel secondo, nel terzo, o più oltre, acciocchè, non essendovi da pagare i creditori, siano i beni posseduti, venduti, o divisi da' creditori *piuttosto a nome dell' erede che di esso testatore*. E per questo incomodo che ne viene allo schiavo, egli *ne riceve questo comodo*, che tutto ciò che acquista dopo la morte del suo padrone è riservato a lui, e quantunque i beni del morto non fossero abbastanza per pagare i debiti, le cose da lui acquistate per altra causa non si potranno far vendere da' creditori.

Servus heres institutus: Ben inteso allorchè istituito dal suo proprio padrone dee divenire per vigore del testamento libero, ed erede in un tempo medesimo: *si in eadem conditione manserit*, siccome quì sopra abbiamo esposto pag. 320.

Sive velit sive nolit. Per conseguenza o che lo schiavo sia pubere o impubere, ed anche *infans*, o che sia in istato di sana mente o di demenza, l' eredità ugualmente gli è acquistata, perchè l' acquisto si fa di pieno dritto, senza alcun atto di sua volontà.

Post mortem testatoris. L'epoca in cui diviene libero ed erede necessario nel tempo medesimo, è quella della morte del suo padrone, se la libertà e l' eredità gli sono state lasciate amendue puramente e semplicemente; e soltanto quella dell'adempimento della condizione, se tutte e due, o eziandio se l' una, o l' altra, sia la libertà, sia l' eredità, gli sia stata lasciata sotto condizione: perocchè la condizione imposta a qualunque delle due cose sospende ugualmente l' altra (1).

Potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur: « Vale a dire, aggiugne Gaio, affinchè l'ignominia che risulta dalla vendita de' beni ricada sull' erede piuttosto, che sul testatore medesimo; quantunque Sabino, nella sua opera a Fufidio, sia d' avviso che quest' erede dovrebb' esser liberato dall' ignominia, perchè egli soffre la vendita de' beni non per suo proprio vizio, ma per una necessità di dritto; tuttavia noi usiamo

(1) D. 28. 5. § 1. 3. f. Ulp. — 21 § 1. f. Pomp. — 28. f. Jul.

d' un altro dritto (*sed alio jure utimur*) (1). » Espressione la quale dimostra che l'ignominia, della quale si ragiona, non era una semplice ignominia di opinione, ma un ignominia di dritto, che produceva degli effetti legali (2).

Illud ei commodum praestatur. Il primo vantaggio ch' egli riceve, dice Teofilo, è innanzi tutto la libertà più preziosa che altra cosa al mondo. Inoltre il pretore gliene dà un secondo, quello che da' commentatori è detto *benefizio di separazione*. La separazione tra i beni del defunto, e quelli dell' erede non era già un privilegio speciale allo schiavo erede necessario. Questo era un dritto più esteso introdotto dal pretore per temperare le rigorose conseguenze della confusione, la quale si operava secondo lo stretto dritto tra i beni del defunto, e quelli dell' erede. Noi troviamo nel Digesto un titolo intero su tal materia, il titolo *de separationibus*, e nel Codice *de separationibus bonorum* (3). La separazione de' beni ottenevasi per decreto del pretore o del presidente (4): essa era più spezialmente stabilita pei creditori dell' eredità, i quali, allorchè l'erede era insolvibile, aveano interesse che i beni del defunto non si confondessero con quelli dell'erede. Lo schiavo erede necessario poteva anch' egli richiedere ed ottenere la separazione de' beni, purchè non avesse per ancora maneggiato i beni dell' eredità (*scilicet si non attigerit bona patroni*). Per effetto di tal separazione, benchè egli restasse sempre erede, e tenuto secondo lo stretto dritto, a tutt' i debiti del defunto, i creditori non potevano rivolgersi che sopra i beni dell' eredità; tutto quello che lo schiavo divenuto libero acquistava di poi, compresi anche i crediti, che per avventura potesse avere contro il testatore, dovea restar separato, e sicuro dagli attacchi de' creditori ereditari (5).

II. Sui autem et necessarii heredes sunt veluti filius, filia, nepos neptisque ex filio, et deinceps ceteri liberi qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut

2. Gli eredi suoi, e necessari sono il figliuolo, la figliuola, il nipote, la nipote nati del figliuolo, e tutti gli altri discendenti, che sono stati in po-

(1) Gai. 2. § 154.—Teofilo nella sua parafrasi allegava la medesima ragione. — (2) Come appo noi il fallimento. – La vendita de'beni, di cui si trattava al tempo di Gaio, era quella che Giustiniano ha abolita: ved. quì appresso lib. 3. tit. 12. E però il nostro testo non dice come Gaio, *bona veneant*; ma *bona a creditoribus possideantur*. — (3) D. 42. 6. — Cod. 7. 72.—(4) D. 42. 6. 1. pr. e § 14. f. Ulp. — (5) Ivi § 18.

nepos, neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse; sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate; *tunc enim nepos, neptisve in locum patris sui succedit.* Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et *vivo quoque patre quodammodo domini existimantur.* Unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo *sive velint, sive nolint,* tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt. Sed his praetor permittit volentibus *abstinere se ab hereditate* ut potius parentis, quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

testà del morto. Ma acciocchè il nipote, e la nipote siano eredi suoi non basta che fossero stati in potestà dell' avolo al tempo della sua morte, ma bisogna che il padre loro, vivendo suo padre, sia cessato di esser suo erede, o che sia morto, o liberato in qualch'altra maniera dalla potestà del padre; *perciocchè in questo caso il nipote e la nipote succede in luogo di suo padre.* E cotali eredi son chiamati suoi, perciocchè sono eredi domestici, e *sono ad un certo modo giudicati, e tenuti come padroni, anche vivendo il padre.* La onde se alcuno si muore senza far testamento, i primi a succedere sono i discendenti. Sono eziandio appellati necessari, perchè *o vogliano o non vogliano*, son fatti eredi tanto ab intestato, quanto per testamento. Ma non volendo essi accettar l' eredità, il pretore permette che se ne astengano, acciocchè se i creditori prendano i beni, li prendano piuttosto sotto il nome del morto, che d' essi figliuoli.

Tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Ben inteso se si tratta di successione *ab intestato*, ma se si tratta di successione testamentaria, poco importa che il nipote, od altro discendente sia o non sia preceduto da alcuno nella famiglia; basta ch'egli sia sotto la potestà del testatore, e validamente istituito da lui, per essere erede suo e necessario. Questo positivamente è detto da Ulpiano, e risulta manifestamente dalla spiegazione che siam per fare di queste parole *heres suus et necessarius.* Ma è da notare che, se l' avolo disereda il suo figliuolo per istituire il nipote, costui divenendo alla morte dell' avolo erede suo e necessario, non diviene tale per suo proprio conto, ma sibbene per conto di suo padre che lo precede nella famiglia, e sotto la potestà del quale egli ricade: per modo che questi acquista per dritto di potestà paterna l'eredità, della quale è stato diseredato (1).

Et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Si

(1) D. 29. 2. 6. § 5. f. Ulp.

avverta bene di non pensare che *suus* si riferisca al testatore , e dinoti che i suoi discendenti eredi erano *suoi* cioè appartenevano a lui, ed erano sotto la sua potestà: se così fosse sarebbesi dovuto egualmente chiamare *eredi suoi e necessari* gli schiavi istituiti dal loro padrone , perciocchè essi certamente eran *suoi* cioè appartenevano a lui , e tuttavia questi aveano solo la qualità di *eredi necessari* e non quella *di eredi suoi*. La ragione è che *suus* si riferisce non già al testatore, ma agli eredi medesimi, e dinota che costoro sono eredi di se stessi , succedono in certo modo a loro medesimi. In fatti tutt' i membri della famiglia, come più volte abbiam detto , formavano in certa guisa un solo essere collettivo, quanto alla proprietà de' beni della famiglia, ciascuno di essi membri era in certo modo parte in questa proprietà, comproprietario col capo : allorchè dunque il capo veniva a morte , i membri della famiglia che gli succedevano , succedevano in certa guisa a se medesimi, prendevano la loro propria eredità, erano loro propri eredi (*heredes sui*). Questa è la sola spiegazione , che il testo dà di cotali parole , ed è la sola che sia vera. Da ciò si vede perchè gli schiavi che erano estranei alla proprietà della famiglia non erano eredi suoi ma solamentente eredi necessari , benchè essi fossero la cosa del testatore ; si vede parimente perchè ogni membro della famiglia il quale fosse sotto la potestà del capo o direttamente, o con altra persona di mezzo , purchè vi fosse , essendo parte nella comproprietà della famiglia , era erede di se stesso , suo proprio erede (*heres suus*) dal momento che era chiamato a raccogliere questo patrimonio domestico , sia pel suo grado *ab intestato* , sia per l' istituzione del capo.

Sive velint sive nolint. Per conseguenza poco importa se egli sia impubere , o demente ; egli non ha bisogno di alcuna autorizzazione , nè del tutore , nè di altri per acquistare l' eredità ; essa gli è acquistata di pieno dritto , quantunque egli nol sappia , o nol voglia.

Abstinere se ab hereditate. Questo è ciò che i comentatori chiamano il *benefizio d' astenersi*. Esso consiste nell' esser permesso agli eredi suoi , quantunque l' eredità sia loro acquistata di pieno dritto , di non immischiarsi nella detta eredità , di non fare alcun atto di erede , di rimanervi estranei di fatto ; e per questo

mezzo il pretore nega ai creditori del defunto, ogni azione contro di loro, quantunque secondo lo stretto dritto essi ne sieno gli eredi. Questo astenersi degli eredi suoi differisce dalla separazione de' beni conceduta agli schiavi, tanto nella forma, quanto negli effetti. Nella forma; perciocchè l' astenersi è un fatto puramente passivo: l' erede suo non ha nulla a fare, a dichiarare, o a domandare; gli basta di rimanere nell' inazione, di non immischiarsi per nulla nell' eredità (1); mentre la separazione de' beni per contrario debb' esser domandata ed ottenuta per decreto del pretore. Negli effetti; perciocchè per effetto di cosiffatto astenersi niun' azione, niun'esecuzione può da'creditori esser diretta contro l' erede suo; mentrechè, non ostante la separazione de' beni, essi conservano le loro azioni contro l' erede necessario, ma solamente fino alla concorrenza de' beni ereditari. Gli effetti dell' astenersi son perduti per gli eredi suoi, se hanno distornata o fatto distornare qualche cosa dell' eredità (2).

Del resto l' erede suo che si è astenuto non cessa d' esser erede ma è solo erede di nome. Egli può in fino a che i beni non sono stati venduti da' creditori (*cum nondum bona venierint; donec res paternae in eodem statu permanent*) mutar consiglio, ed accettare l'eredità: niun termine non era fissato intorno a ciò dal dritto antico; Giustiniano ne ha fissato uno di tre anni (3). Dopo la vendita egli nol potrebbe più (4).

Risulta da quel che abbiam detto, che rispetto agli eredi necessari, ed agli eredi suoi e necessari non vi è mai *adizione* di *eredità*. Questo atto, pel quale l' istituito acquista volontariamente l' eredità alla quale è chiamato, non ha alcuna relazione ad essi, perciocchè quanto ad essi l' acquisto dell' eredità si fa di pieno dritto. Ma per gli eredi suoi, se non vi è *adizione*, vi è *immischiamento*, atto che trae seco la rinunzia al dritto di astenersi, e che li rende soggetti alle azioni de' creditori. Per immischiarsi validamente, e rimanere obbligato per quest' atto è mestieri che l' e-

(1) D. 29. 2. 12. Ulp. — (2) Ivi 71. §§ 3 a 9. — (3) D. 28. 8. 8. f. Ulp. Cod. 6. 30. 6.—(4) Ivi Ved. tuttavia D. 42. 5. 6. pr. f. Paul., speciale al pupillo.—E quistione controversa se poteva esservi o dritto di accrescimento pel coerede, della porzione di colui che erasi astenuto, o devoluzione al sostituto, o all' erede susseguente. La risoluzione debb' esser negativa.

rede suo abbia la capacità di farlo: s' egli fosse impubere o pazzo, il suo immischiarsi non l' obbligherebbe punto, e potrebbe sempre astenersi (1).

III. Ceteri qui testatoris juri subjecti non sunt extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti extranei heredes videntur. Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt, quia foeminae in potestate liberos non habent. Servus quoque heres institutus a domino et post testamentum factum ab eo manumissus eodem numero habetur.

3. Tutti gli altri che non son sottoposti al testatore, si chiamano eredi estranei. Laonde egli pare che i nostri discendenti, che non sono in nostro potere, istituiti eredi da noi sieno eredi estranei. E per questa cagione coloro che sono scritti eredi dalla madre son posti nel medesimo numero, perciocchè le femine non hanno in lor potestà i figliuoli. Parimente lo schiavo istituito erede dal suo signore, e francato da lui dopo ch'egli ha fatto il testamento, va messo tra gli estranei.

IV. In extraneis heredibus illud observatur ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id *duobus temporibus* inspicitur: *testamenti quidem*, ut constiterit institutio; *mortis vero testatoris*, ut effectum habeat. Hoc amplius *et cum adit hereditatem*, esse debet cum eo testamenti factio sive pure, sive sub conditione heres institutus sit; nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est quo adquirit hereditatem. *Medio autem tempore* inter factum testamentum, et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem mutatio juris heredi non nocet, quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus et mutus, et postumus, et infans et filius familias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non pos-

4. Negli eredi estranei s' osserva questa regola che si abbia fazione di testamento con loro, tanto se essi medesimi quanto se coloro che sono in loro potestà sieno istituiti eredi, e questo si considera *in due tempi*, *quando si fa il testamento*, acciocchè l' istituzione vaglia, e *quando il testatore muore*, acciocchè abbia il suo effetto. Di più al *momento che l' istituito fa adizione* dell'eredità si richiede eziandio che si abbia con lui la fazione di testamento, e non importa s'egli è istituito erede puramente, o sotto condizione. Perciocchè il dritto dell'erede si considera spezialmente in quel tempo nel quale egli acquista l' eredità. Ma in quel mezzo tempo che è tra il testamento fatto, e la morte del testatore, o la condizione posta all' erede, la mutazione del dritto non nuoce all' erede, perciocchè, come detto abbiamo, si hanno a considerar tre tempi. Pare poi che abbia la fazione di testamento non solo colui che può far testamento ma eziandio colui che può acquistar dall' altrui testamento per se medesimo, o per altri, quantunque egli non possa far te-

(1) D. 29. 2. 11. e 57. pr.

sint, attamen ex testamento vel sibi, vel alii adquirere possunt.

stamento. E però si dice che il pazzo, il muto, il postumo, il bambino, il figliuol di famiglia, e l'altrui schiavo hanno fazione di testamento; perocchè quantunque non possano far testamento, nondimeno possono acquistare a loro medesimi, o ad altri.

Gli eredi estranei che formano il terzo ordine di eredi non acquistano altrimenti l'eredità che per la loro propria volontà, e per tal ragione i comentatori li han chiamati eredi volontari. Innanzi di esporre come la loro volontà debb'esser manifestata, il testo s' intrattiene a spiegare in quali epoche debbono questi eredi esser capaci.

Intorno a ciò facciamo da prima osservare che per gli eredi estranei si vuol distinguere tra l'eredità deferita, e l'eredità acquistata. L'eredità è ad essi deferita dal momento che il loro dritto trovasi aperto o per la morte del testatore, se sono stati istituiti puramente e semplicemente, o per l'adempimento della condizione, se la loro istituzione è condizionale. Da questo momento essi possono, se vogliono, acquistar l'eredità, ma non è per ancora acquistata: vi è mestieri dell'adizione, cioè dell'accettazione, perchè essa si acquisti. Siffatta distinzione non ha luogo rispetto agli eredi necessari, ed agli eredi suoi; perciocchè l'eredità si acquista loro di pieno dritto nel medesimo tempo che ad essi è deferita. Ciò posto, la capacità degli eredi estranei si ricerca in tre epoche.

Duobus temporibus, dice il testo; ma questo computo non è perfetto, perciocchè immediatamente vi aggiugne una terza epoca, e dice allora: *tria tempora inspici debent*. Queste tre epoche sono:

1° *Testamenti quidem*: il testo ce ne indica la necessità; per fare cioè che sia validamente fatto il testamento (*ut constiterit institutio*), il quale senza di ciò sarebbe nullo da principio. La storia ce ne dà la spiegazione: al tempo del testamento *calatis comitiis*, perchè un cittadino potesse esser ammesso da' comizi come successore, come continuatore della persona di un altro che testava, era necessario che esistesse, e godesse de'diritti di cittadinanza (p.257 nota 2) sotto la primitiva forma del testamento *per aes et libram*, ciò era parimente indispensabile, affinchè il futuro erede avesse potuto inter-

venire nella mancipazione, comperare il patrimonio, rendersi *emptor familiae*. Le forme furon mutate, e con esse disparve in fatto la necessità, ma il principio giuridico rimase tuttora. Noi non l'abbiamo ammesso nella nostra legislazione ;

2° *Mortis vero testatoris*: epoca in cui il dritto dell' istituito si apre, si effettua, si ferma sul suo capo, perchè questo possa aver luogo (*ut effectum habeat*) è mestieri evidentemente ch'egli sia capace in tal momento. Avvertiamo che se la istituzione fosse condizionale, questa seconda epoca, di cui ragioniamo, non potrebbe esser altra che quella dell'adempimento della condizione, perciocchè solamente allora si aprirebbe il dritto. Adunque non sarebbe più da considerare il momento della morte, ma in sua vece quello dell'adempimento della condizione ;

3° *Et cum adit hereditatem*: perchè solamente allora egli acquista l'eredità (*quod adquirit hereditatem*) ; or, acciocchè possa acquistare è necessario ch'egli sia capace. Dal che seguita che se l'erede istituito si muoia dopo l'apertura della successione, ma innanzi che abbia fatta l'adizione, i suoi diritti svaniscono, e non si trasmettono a' suoi successori, essendochè essi erano aperti, ma non ancora acquistati. Tale era il diritto rigoroso ; non pertanto noi vedremo ch'esso fu alquanto mitigato.

Medio autem tempore. Vi ha due tempi intermedi a considerare : 1° quello che sta tra la formazione del testamento, e l'apertura de'dritti avvenuta o per la morte del testatore, o per l'adempimento della condizione ; 2° quello che è posto tra l'apertura de'dritti, e la adizione. I mutamenti di stato, e di capacità nella persona dell' istituito, durante il primo intervallo non nuocciono punto ; così poco importa ch'egli abbia sofferto diminuzione di capo, sia stato fatto schiavo, o deportato dopo la formazione del testamento, e prima dell'apertura de'dritti, purchè all'epoca di siffatta apertura egli sia tornato cittadino : egli non ha perduto nulla, perciocchè non avea ancora alcun dritto aperto, ma solamente una speranza, ed al momento che questa speranza si è effettuata egli era capace. Ma il medesimo mutamento sopravvenuto nel secondo intervallo dopo l'apertura del dritto fa perdere irrevocabilmente questo dritto, e l'istituito non potrebbe più fare l'adizione, quando anche ricuperasse dipoi la sua capacità (1).

(1) D. 28. 2. 29. § 5. f. Scaev.

Tutto ciò che quì sopra abbiam discorso non era applicabile agli eredi necessari ed agli eredi suoi se non per le due prime epoche: quella della formazione del testamento, e quella dell'apertura de'dritti; essendochè per essi questi dritti si acquistavano così tosto come erano aperti.

V. Extraneis autem heredibus *deliberandi potestas est* de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis; sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet nisi minor sit viginti quinque annis. Nam hujus aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, *praetor succurrit*.

5. Gli eredi estranei *hanno facoltà di deliberare* se debbano, o no accettare l'eredità. Ma se quegli che avea libertà di astenersi siasi immischiato ne' beni dell'eredità, o se l'estraneo al quale è lecito deliberare se gli convenga accettar l'eredità, l'abbia accettata, non può lasciarla più, se non avesse per avventura meno di venticinque anni; perciocchè il *pretore soccorre* a cosiffatta età siccome in tutte le altre cose in cui vi sia inganno, così eziandio in questa, ogni volta che sconsigliatamente si fosse accettata un'eredità dannosa.

Deliberandi potestas. Questo paragrafo è relativo a ciò che addomandasi *dritto di deliberare*. Il Digesto ed il Codice hanno ciascuno un titolo speziale intorno a questa materia (1).

Nel dritto civile l'erede, salvo il caso di una particolare istituzione, di cui avremo fra breve a far parola, non era soggetto ad alcun termine nel quale dovesse necessariamente accettare, o ripudiare l'eredità. Ma da un altro lato le persone, le quali aveano interesse ch'egli manifestasse la sua volontà, come sarebbe a dire i creditori, i legatari, i sostituti potevano chiamarlo in giudizio, acciocchè dichiarasse se era erede (*an heres sit*), ed egli allora era tenuto di dichiararsi. In questo stato di cose il pretore ordinò pel suo editto, che l'erede potesse domandare un termine per deliberare innanzi di rispondere: « *Si tempus ad deliberandum petet, dabo.* » Queste erano la parole dell'editto (2). Così il termine per deliberare era domandato dall'erede sulla istanza diretta contro di lui (3). Questo termine non dovea esser meno di cento giorni (4). Giustiniano stabilisce che i Magistrati abbiano licenza di concedere fino a nove me-

(1) D. 28. 28. *De jure deliberandi*. Cod. 6. 30. — (2) D. 28. 8. 1. § 1. f. Ulp. — (3) D. 11. 1. 5. f. Gai.—6. pr. f. Ulp.—(4) D. 28. 8. 2. f. Paul.

si, ma che per darsi un anno sia necessario ricorrere all'imperadore. Trascorso il termine fissato, l'erede dovea necessariamente accettare, o rinunziare, o se ciò non faceva, rispetto al sostituto o agli eredi *ab intestato*, se questi aveano fatto istanza, era reputato rinunziante (1) ; e rispetto a'creditori o legatari, se questi l'aveano chiamato in giudizio , era riputato accettante , per il semplice decorrimento del termine (2). Secondo una costituzione di Giustiniano s'egli si moriva prima che fosse decorso il termine dato a deliberare, tra l'anno dall'apertura de'suoi dritti, egli trasmetteva a'suoi eredi quel che rimaneva di questo anno, con la facoltà di deliberare e dichiararsi in sua vece (3). E questa fu una notabile derogazione al dritto civile, perciocchè a rigore, essendo morto prima di aver accettato, non avrebbe dovuto trasmetter nulla a'suoi eredi.

Quantunque il termine per deliberare fosse esclusivamente ordinato per gli eredi estranei, poteva nondimeno essere ottenuto dagli eredi suoi, allorchè non essendosi immischiati nell'eredità, e volendo profittare, secondo i casi, del dritto che aveano di accettarla, fino a che non se ne fosse fatta la vendita da'creditori, domandavano un termine per deliberare intorno a ciò , e far soprassedere in questo mezzo dalla vendita (4).

Praetor succurrit. Questo è il soccorso che addomandasi *restitutio in integrum* dato generalmente dal pretore ai minori di venticinque anni, in tutti gli affari, in cui la loro inesperienza avea potuto cagionar loro del danno, soccorso del quale di già abbiam trattato t. I. p. 415 e 419.

VI. Sciendum tamen est divum Hadrianum etiam majori XXV annis veniam dedisse cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio praestitit. Divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium praestitit, et constitutionem tam aequissi-

6. Nondimeno si ha da sapere che il divino Adriano dette licenza eziandio ad un maggiore di XXV anni di lasciare l'eredità accettata, perchè dopo l'accettazione si erano scoperti grandissimi debiti , i quali per innanzi erano occulti. Ma quel che il divino Adriano concesse a persona particolare , il divino Gordiano estese solamente a' soldati. Ma la nostra benevolenza ha voluto che questo benefizio sia comune a tutti coloro che sono sotto il nostro

(1) D. 29. 2. 69. — (2) Cod. 6. 30. 22. § 14.—(3) C. 6. 30. 19.—(4) D. 28. 8. 8. f. Ulp.

mam, quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, et in tantum teneri quantum valere bona hereditatis contingit; ut ex hac causa *neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium*, nisi omissa observatione nostrae constitutionis, et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

imperio, ed ha scritto una costituzione tanto nobile quanto giusta, il contenuto della quale se sarà osservato sarà lecito di accettare l'eredità, e di esser tenuto solamente in quanto valgono i beni dell'eredità. Laonde per questo non si ha bisogno di pensar se si debba accettare o no salvo se alcuno omette di osservar le regole della nostra costituzione giudicando esser meglio deliberare, e sottoporsi ai gravami antichi che porta seco l'adizione.

Questo paragrafo è relativo a ciò che i commentatori han chiamato il *beneficio d'inventario*. Noi vediamo dal testo in qual maniera questo dritto speciale si è gradatamente introdotto. In fatti, secondo il dritto civile, l'erede che ha accettato non può più rivenire contro la sua accettazione: egli è obbligato a tutt'i debiti, e pesi della successione, anche oltre ai beni che la compongono. Se la successione trovavasi più dannosa che utile, i minori di XXV anni potevano bene farsi restituire in intero dal pretore, ma non era lo stesso pe' maggiori di XXV anni. Non però di meno sull'esempio dato da Adriano gl'imperadori concedeano a qualcuno delle restituzioni eccezionali, per ispeziale rescritto, e per particolari ragioni, come sarebbe la scoverta di debiti da prima occulti. Più tardi l'imperadore Gordiano rendè generale questo favore pe'soldati, e volle ch'essi non fosser mai obbligati oltre le forze della successione. Finalmente Giustiniano trasforma questo privilegio in dritto comune, a favore di tutti coloro che avranno fatto fare un inventario di tutte le cose che compongono l'eredità.

L'inventario doveasi cominciare ne' trenta giorni da che l'erede aveva avuto notizia de'suoi dritti, e terminare fra altri sessanta giorni; ovvero se i beni erano troppo lontani, fra l'anno da che si era avuta la detta notizia. Esso dovea farsi in presenza di un notaio, de'creditori, de'legatari, e de'terzi interessati, o in loro mancanza, di tre testimoni.

I principali effetti dell'inventario erano: 1° che l'erede non era obbligato ad alcun debito, o peso oltre le forze della successione; 2° che non avveniva confusione tra i suoi dritti, e quelli del defunto; così egli conservava contro l'eredità le azioni che avea contro il de-

funto, e reciprocamente; 3° ch' egli avea il dritto di farsi compensare delle spese funebri, d' inventario, ed altre che fossero state necessarie. Egli pagava i creditori ed i legatari nell'ordine che si presentavano, salvo a quelli ch'erano gli ultimi a venire, e pe' quali non rimaneva nulla, il dritto di rivolgersi contro i primi, se per avventura avessero alcun dritto di preferenza su loro.

Queste sono, in breve, le disposizioni essenziali della costituzione di Giustiniano, alla quale il testo ci rinvia (1).

Neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium. Giustiniano col benefizio d' inventario non avea abolito quello di deliberare, ma non li avea però cumulati l'uno con l'altro. Si aspettava agli eredi lo scegliere quale de' due meglio volessero. Se facevano l' inventario, per questo semplice atto s' intendevano accettare, ma non erano obbligati che fino alla concorrenza de' beni ereditari. Se domandavano il termine per deliberare, potevano allo spirare del termine ripudiare, o accettare; ma in caso di accettazione erano tenuti de' debiti anche oltre al valore de' beni.

VII. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest *aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate* suscipiendae hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur si rebus hereditariis tamquam heres utatur, aut vendendo res hereditarias, aut praedia colendo, locandove, et quoquo modo si voluntatem suam declaret, *vel re, vel verbis* de adeunda hereditate: *dummodo sciat* eum in cujus bonis pro herede gerit *testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse.* Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, *ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.* Eum qui *surdus vel mutus* natus vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, et

7. Simigliantemente l' estraneo istituito erede nel testamento, ovvero chiamato a legittima eredità ab intestato può facendo da *erede, o anche per la nuda volontà d' accettar* l' eredità divenire erede. E pare che colui faccia da erede, il quale usa le cose dell'eredità come erede o vendendole, o coltivandole, o dandole in affitto, o in qualunque altro modo dichiarando *o con fatti o con parole* la sua volontà di accettare, *purchè però abbia saputo* d'esser *erede ab intestato o per testamento* di colui ne' beni del quale egli fa da erede. Perciocchè far da erede è appunto far da padrone, giacchè gli antichi invece di padrone dicevano erede. Ma siccome l' estraneo diviene erede per nuda volontà, *così per la contraria volontà* è subito rimosso dalla eredità. Colui che è nato sordo o muto, ovvero dipoi è diventato muto o sordo

(1) C. 6. 30. 22.

adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agitur.

può senza impedimento niuno far da erede ed acqu'starsi l'eredità, purchè egli intenda quel che fa.

Questo paragrafo tratta dell'adizione, e della rinunzia delle successioni; della forma, del tempo, e delle altre condizioni da osservarsi a tal riguardo.

La parola *adizione*, la cui etimologia è tanto espressiva (*adire hereditatem* cioè *ire ad hereditatem* andare all'eredità) è l'espressione generale che dinota l'accettazione dell'eredità fatta da colui che vi è chiamato. L'adizione poteva anticamente aver luogo in tre modi: per una dichiarazione sacramentale che addomandavasi *crezione*; per la manifestazione espressa, ma non sacramentale, scritta o verbale della volontà di accettare, e questa dicevasi più particolarmente *adizione* prendendo questa parola in un senso più ristretto; o in fine per via di atti di erede, i quali per se soli, e di fatto indicavano che alcuno aveva accettato, giacchè operava come un erede (*pro herede gerere*).

La crezione avea luogo solamente quando il testatore l'avea egli medesimo comandato nel testamento. Lo scopo era di fissare all'erede un termine per esaminare l'eredità, deliberare, e farne l'accettazione sacramentale, e passato inutilmente il detto termine l'erede decadeva dal suo dritto. La formola d'un'istituzione fatta con crezione era questa: « *Heres Titius esto*; » si aggiungeva « *Cernitoque in centum diebus proxumis, quibus scies, poterisque; quod ni ita creveris exheres esto.* » Il termine di cento giorni era il più usato, non pertanto il testatore era libero di fissarne uno più lungo, o più breve. L'erede prima di spirare il termine dovea accettare con queste parole: « *Quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.* » In fino a che il termine non era trascorso, anche se avesse dichiarato di non voler essere erede, poteva ritrattarsi, e fare la crezione; perciocchè egli non altrimenti decadeva che pel decorrimento del termine. La crezione, di cui quì abbiam dato un esempio, era quella che chiamavasi volgare (*vulgaris cretio*), nella quale il termine imposto all'erede non dovea cominciare a decorrere che dal giorno ch'egli ne avrebbe notizia, e potrebbe (*quibus scies poterisque*). Ma, se il testatore avesse tralasciate nella

formola queste parole, il termine cominciava a decorrere immediatamente dopo l' apertura de' dritti, e la crezione allora chiamavasi continua (*continua haec cretio vocatur*). Siccome questa era più rigorosa, più dura che l' altra, era meno usata (*quia tamen dura est haec cretio, altera magis in usu habetur*). Di tal fatta era la crezione, parola di cui Gaio ci dà l' etimologia: « *Cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere.* » Siffatta istituzione, se si faccia astrazione dal rigore sacramentale de' termini era di grande utilità soprattutto prima che il pretore avesse col suo editto stabilito ch' egli darebbe un termine per deliberare; essendochè il testatore dava egli medesimo questo termine, ed impediva che la sua eredità rimanesse incerta. Tuttavia la crezione che era ancora in voga al tempo di Gaio e d' Ulpiano, da' quali abbiam tolti questi particolari (1) fu espressamente abrogata nel 407 da una costituzione d'Arcadio, Onorio, e Teodosio, che si trova nel Codice (2). Adunque sotto Giustiniano non se ne fa più motto. Rimangono solamente le altre due maniere d'accettare, cioè:

Aut pro herede gerendo, facendo atti da erede, o secondo le altre espressioni del testo *re* col fatto. Abbiamo qui parecchi esempi di cotali atti; bisogna sempre giudicarli dall' intenzione che manifestano: se indicano chiaramente la volontà di esser erede, e di operare in questa qualità, importano adizione, ma sarebbe tutt' altramente se fossero solo il risultamento d' un errore, o costituissero semplici provvedimenti di conservazione (3).

Aut etiam nuda voluntate, o come più appresso dice il testo *vel verbis*, cioè per la semplice dichiarazione, per la sola espressione della volontà; e questa è l'adizione propriamente detta. Questa dichiarazione non è soggetta ad alcuna forma.

Dummodo sciat testatum, intestatumve obiisse, et se ei heredem esse: niuna adizione può esser validamente fatta prima della morte del testatore, o prima dell' adempimento della condizione, quando si tratti di un' istituzione condizionale; di fatti i dritti non essendo ancora aperti non possono essere accettati. Non basta che i diritti sieno aperti per la morte, o per l'adempimento della condizio-

(1) Gai. 2. § 164. e seg. — (2) Ulp. Reg. 22. 27, e seg. — (3) *Pro herede gerere* prendesi anche in un senso generale per ogni atto o parola che importa qualità di erede, comprendendovi eziandio l' adizione espressa.

ne, è necessario ancora che l'erede ne abbia notizia e certezza, altrimenti che cosa potrebbe mai significare l'accettazione ch'egli facesse nell'ignoranza, o nel dubbio del suo dritto? È necessario inoltre ch'egli sappia di essere erede, perciocchè gli atti ch'ei farebbe ignorando siffatta qualità, ed operando per esempio, come mandatario, o come gerente di affari non importerebbero adizione da parte di lui; che sappia s'egli è erede per testamento, o *ab intestato*, altrimenti non conoscendo la natura dell'eredità, non saprebbe che cosa accetta: l'accettazione ch'ei farebbe per l'una forse non la farebbe per l'altra; ed in fine e per la medesima ragione, che sappia in forza di qual testamento è erede, ma non è necessario che siasi già fatta l'apertura delle tavole del testamento (1). Queste sono le condizioni per la validità dell'adizione: senza di esse l'adizione sarebbe un atto interamente nullo, e come non avvenuto (2).

Nel caso particolare che si fosse trattato dell'eredità d'un cittadino morto vittima d'un assassinio, le tavole del testamento non si potevano aprire, nè poteva farsi l'adizione prima che si fosse proceduto alla questione degli schiavi del morto conformemente a ciò che ordinava il senato-consulto Silaniano; e ciò per tema che l'erede non contribuisse per interesse, ad occultare il delitto degli schiavi (3).

Ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. La rinunzia dell'eredità del pari che l'adizione può aver luogo o per formale dichiarazione, o per via di atti che sufficientemente ne manifestino la volontà: «*Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis*» dice Paolo, nelle sue sentenze, e noi troviamo questo passo riprodotto nel Digesto (4). Essa non può aver luogo che nelle medesime circostanze in cui l'adizione potrebbe aver luogo. « *Si in ea causa erat hereditas ut et adiri posset* » (5). Non altrimenti che l'adizione essa è pure irrevocabile: chi ha rinunziato non può più ritrattarsi, salvo se egli si trovi nel caso di ottenere una *restitutio in integrum* (6); ma nulla il potrebbe impedire dall'accettare, se l'eredità ch'egli ha rinunziata, gli fosse deferita per un altro titolo, per esempio, come sostituito, o come erede *ab intestato* (7).

(1) Cod. 6. 31. 1. § 1.—(2) Ved. su tutti questi punti D. 29. 2. 19. 22 32. pr. e §§ 42. 43; 51. pr. e 84. — (3) D. 29. 5. 3. §§ 18, e 29. — (4) Paul. Sent. 3. 4. 1. — D. 29. 2. 95. — (5) D. 29. 2. 13. f. Ulp. — (6) Cod. 6. 31. 4.—(7) D. 29. 2. 76. § 1.—17. f. Ulp. È da notare che secondo questo fram-

Qui surdus vel mutus: Quì si dee esaminare quali sono le persone che possono o non possono accettare, o ripudiare un' eredità. Noi abbiam già trattato quest' argomento a proposito del pupillo t. I. p. 402.

Abbiamo veduto che l' accettazione e la rinunzia erano tra quegli atti, che non potevano esser fatti per mezzo di procuratori, e che la persona interessata dovea fare da se medesima. Da ciò risultava che il pupillo *infans*, ed il pazzo non potevano accettare l'eredità, alla quale eran chiamati, nè in loro vece il tutore o il curatore. Non però di meno Teodosio e Valentiniano dettero licenza al tutore di accettare pel pupillo *infans* (1), e Giustiniano risolvendo i dubbi quanto al pazzo, permise al curatore di domandare per lui il possesso de' beni (2). Il pupillo al di sopra dell' infanzia poteva accettare con l' autorizzazione del suo tutore (3). Il prodigo interdetto poteva accettare per la sua sola volontà (4); il sordo-muto facendo atti da erede, purchè comprendesse il suo dritto, ed il valore de' suoi atti. I minori di XXV. anni potevano ottenere la *restitutio in integrum* contro la loro accettazione; quanto a coloro ch' erano in potestà d' altri non potevano altrimenti accettare che col consentimento, e per comando del capo. Era lecito al capo di accettare egli medesimo pel suo figliuolo di famiglia *infans* (5). Del resto tutto ciò che abbiam detto dell' accettazione si applica parimente alla rinunzia.

Azioni relative alle eredità testamentarie.

Innanzi tutte le altre si debbono porre le azioni di petizione di eredità (*hereditatis petitio*), e di divisione (*familiae erciscundae*), le quali non alle sole eredità testamentarie, ma a tutte sono applicabili.

La petizione d' eredità (*hereditatis petitio*) si dà a colui che

mento di Ulpiano la rinuncia fatta come erede istituito non importa rinuncia come erede legittimo, ma la rinunzia fatta come legittimo erede sapendo di essere erede istituito importa rinunzia in tutte e due queste qualità; perciocchè rinunziare all' eredità legittima, la quale non può venire che in mancanza dell' altra fa supporre in certo modo che si sia tacitamente, ed in prima rinunziato all' eredità testamentaria che la precede. — (1) C. 6. 30. 18. § 2. — (2) Cod. 5. 70. 7. § 3. — (3) D. 29. 2. 9. f. Paul. — (4) D. 29. 2. 5. § 1.— (5) C. 6. 30. 18.

si pretende erede o per se stesso, o per altrui, per richiedere e ricuperare il suo dritto ereditario dalle mani di coloro che ritengono, in pregiudizio del suo diritto, o l'eredità, o una parte o una cosa, o dritto qualunque di questa eredità. Siffatta azione è reale, ma può trar seco anche delle condanne personali. Lo scopo di quest'azione è di rivendicare non già un oggetto, una cosa in particolare, ma sibbene il dritto stesso d'eredità. L'attore sostiene ch'egli è erede, in tutto o in parte, ciò poco importa, e come conseguenza di questa qualità egli reclama la restituzione delle cose ereditarie. Dal che segue che la petizione di eredità non può esser esercitata contra ogni detentore, ma solamente contro coloro, il cui titolo di possesso costituisce una negazione, un'usurpazione del dritto ereditario del reclamante. E però essa si dà contro coloro che posseggono *pro herede* cioè nella qualità di eredi a qualunque titolo sia per legge, sia per testamento, fedecommesso, o possessione di beni; si dà eziandio contro coloro che posseggono *pro possessore*, cioè senz'altro titolo, che il fatto del loro possesso, senz'invocare alcun dritto, e che interrogati su questo punto rispondono: *possideo quia possideo;* ma que' che posseggono la cosa perchè sia stata loro donata, legata, venduta (*pro donato*, *pro legato*, *pro empto*), o per qualunque altro titolo singolare, questi non contrastano in alcun modo la qualità di erede del reclamante, non pretendono di attribuirsi per nulla codesta qualità, l'erede dunque non già per la petizione, ma per altre particolari azioni può, secondo i casi, reclamare, se vi ha luogo, le cose possedute da costoro. L'azione di petizione di eredità si estingue per la prescrizione di trent'anni (1).

L'azione *familiae erciscundae* ha per fine di far seguire la divisione dell'eredità; essa si dà all'erede contro il suo coerede; può aver luogo soltanto dopo l'adizione tra coloro che non si contendono la qualità di erede; perciocchè se questa contestazione fosse insorta, sarebbe mestieri in prima farla giudicare per la petizione di eredità. Essa è applicabile all'universalità della successione, e non ad oggetti particolari. L'ufficio del giudice è di aggiudicare a ciascuno la sua parte ereditaria, e di condannare in-

(1) D. 5. 3. — C. 3. 31.

oltre, se vi ha luogo, gli eredi a talune prestazioni personali l'uno a rispetto dell' altro. L' azione *familiae erciscundae* è imprescrittibile in questo senso che in fino a che i coeredi restano nell' indivisione, essa può essere intentata per far cessare siffatta indivisione, qualunque sia il tempo che questa è durata; ma rispetto a coloro che han posseduto separatamente certe parti ereditarie, come per una divisione di fatto, l' azione *familiae erciscundae* per far eseguire una divisione di dritto rimane prescritta col decorrimento di trent' anni (1).

A queste azioni generali per tutte le eredità sì legittime, come testamentarie bisogna aggiugner le azioni speciali al caso d'eredità testamentaria, cioè l' azione contro il testamento inofficioso (*querela inofficiosi testamenti*), che è una spezie particolare di petizione d' eredità *ab intestato* contro coloro che sono stati inofficiosamente istituiti; l'azione di supplemento della legittima; e l'azione contro le donazioni inofficiose (*querela inofficiosae donationis*), di cui qui sopra abbiam sufficientemente ragionato.

(1) D. 10. 2. — Cod. 3. 36. e 38.

REASSUNTO DEL LIBRO SECONDO

(TITOLO X. A XIX.)

Successioni per universalità. — Eredità testamentarie.

Le successioni per universalità aveano luogo non solamente per morte, ma eziandio, in più casi, fra vivi. Queste ultime sotto la legislazione delle Instituzioni sono abolite, rimangono soltanto le prime, cioè *le eredità*.

La parola *eredità*, ha due significazioni: essa significa o la successione all' universalità de' beni e de' dritti d' una persona defunta, o quest' universalità in se medesima, l' insieme del patrimonio, che altra volta dicevasi *familia*.

Fino a tanto che l' eredità non è ancora acquistata, essa sostiene e continua per se stessa la persona del defunto.

L' eredità si deferisce per testamento o per la legge; questa però vien solamente in difetto dell' altra; queste due specie di eredità si escludono assolutamente, per modo che generalmente niuno può essere parte testato, e parte intestato.

Forme de' testamenti.

Gli antichi Romani ebbero due sorte di testamenti: l' uno fatto in pace, e tranquillità nei comizi speciali detti *calata comitia*, onde venne a questo testamento il nome di *testamentum calatis comitiis*; l' altro fatto in sul punto di andare a combattere in presenza dell' esercito ordinato e sotto le armi (*in procinctu*); a queste due forme primitive di testare se ne aggiunse una terza, il testamento *per aes et libram*, per mezzo del quale il patrimonio considerato come cosa *mancipi*, si vendeva in massa dal testatore con le formalità della mancipazione ad un compratore (*familiae emptor*), il quale a principio era lo stesso erede futuro, ma più tardi fu un terzo, che interveniva per semplice formalità *propter veteris juris imitationem*. Da quel tempo il testamento *per aes et libram* si compose di due distinte formalità: la mancipazio-

ne dell' eredità (*familiae mancipatio*) e la nuncupazione del testamento (*nuncupatio testamenti* , o formale dichiarazione che il testatore faceva della sua volontà.

Il dritto pretorio abolì la necessità della mancipazione; ma richiese l'apposizione esteriore de' suggelli di sette testimoni. Gl' imperadori aggiunsero a questa formalità quella della *sottoscrizione*, cioè dell'apposizione interiore delle firme del testatore , e de' testimoni. Ed allora dalla fusione del dritto civile col dritto pretorio , e col dritto imperiale ebbe origine la forma del testamento che si usava sotto Giustiniano , e che i comentatori addomandarono *testamentum tripartitum* , perciocchè esso deriva da una triplice fonte ; testamento che debb' esser fatto in un sol contesto , con l' assistenza di sette testimoni specialmente convocati , la sottoscrizione loro , e del testatore , e da ultimo i loro suggelli.

Non possono far da testimoni : le donne , gl' impuberi , gli schiavi , i pazzi , i sordi , i muti , i prodighi interdetti , le persone dichiarate malvage , ed indegne di testare , i membri della famiglia del testatore , o dell' erede , e neppure lo stesso erede , quantunque il potesse secondo il dritto civile nel testamento *per aes et libram* al tempo che il *familiae emptor* era semplicemente un terzo che interveniva. Ma i legatari, i fedecommessari, ed i membri delle loro famiglie possono esser testimoni. Del rimanente le condizioni di capacità debbono riguardarsi, ne' testimoni , al momento della formazione del testamento.

Generalmente niuno può aver più di un testamento ; ma lo stesso testamento può farsi in più originali.

Non è indispensabile che il testamento sia fatto per iscritto. Se esso sia fatto per una semplice nuncupazione verbale in presenza del numero legale de' testimoni , è valido.

I soldati ottennero dalle costituzioni imperiali molti importanti privilegi in quanto a' loro testamenti sì per la loro propria capacità di testare , sì per la capacità di coloro a' quali volevano lasciare i loro beni, sì per la forma dell' atto , e sì per l' estensione e la forma delle loro disposizioni. Quanto alla forma la regola è che la loro volontà in qualsivoglia modo provata , purchè sia stata seriamente espressa basta per costituire un testamento valido. Ma questi privilegi han luogo fino a tanto che son soldati, nel campo, ed in ispedizione. Ed eziandio dopo il congedo il testamento militare conserva la sua validità per lo spazio di anno.

Vi sono ancora degli altri testamenti dispensati dalle forme ordinarie a cagione di alcune circostanze eccezionali.

Per testare si dee avere la *fazione di testamento.* Questa espressione a principio significava il potere di concorrere alla formazione d' un testamento sia come testatore , sia come *familiae emptor* , sia come testimone. Ma fin dal tempo di Gaio e d' Ulpiano il senso ne era modificato : essa significava due cose : 1º la capacità di fare un testamento ; 2º quella di ricevere e di acquistare per se o per altrui dal testamento di un altro.

La fazione di testamento in persona del testatore si compone del dritto di avere un testamento, e della capacità di esercitare questo dritto. A questo riguardo sono a considerar due epoche: quella della formazione del testamento, e quella della morte; di più il tempo di mezzo. La capacità di esercitare il dritto si richiede soltanto alla prima di queste epoche, ma il dritto in se stesso si richiede nelle due epoche, ed anche nel tempo di mezzo dalla formazione del testamento fino alla morte senz' interruzione, salvo i temperamenti arrecati dal dritto pretorio a siffatto rigore di principi.

La fazione di testamento non era di dritto privato, ma di dritto pubblico, era necessario che si fosse ricevuta dalla legge.

Gli schiavi, i prigioni appresso gl' inimici, *i peregrini*, coloro il cui stato era incerto e dubbioso, quei ch' eran dichiarati *intestabiles*, da ultimo i figliuoli di famiglia non l' aveano punto. Non per tanto rispetto al prigioniero presso al nemico, il testamento fatto in cattività era sempre nullo checchè succedesse di poi, ma quanto al testamento fatto prima della cattività esso era valido sì nel caso di ritorno in città per effetto del *postliminium*, e sì nel caso di morte tra gl' inimici per effetto della legge *Cornelia*. Rispetto a' figliuoli di famiglia, fu loro permesso di testare da prima sul peculio castrense, e di poi sul peculio quasi-castrense.

Gl' impuberi, i pazzi, i prodighi interdetti, i sordi e muti che non avean modo di manifestare la loro volontà erano privi non già del dritto di avere un testamento, ma della capacità di farlo. I ciechi non potevano altrimenti testare che con le formalità prescritte dall' imperadore Giustino.

Diseredazioni.

Non ostante la latitudine che il dritto primitivo lasciava al capo di famiglia intorno alla disposizione testamentaria de' suoi beni, egli fu obbligato tanto per interpetrazione, quanto per l' autorità de' pretori, e degl' imperadori d' istituire, o diseredare formalmente coloro, che essendo posti sotto la sua potestà, doveano essere suoi eredi per disposizione della legge.

La diseredazione si faceva in due modi: o nominatamente: *Titius filius meus exheres esto;* o collettivamente (*inter caeteros*): *caeteri exheredes sunto.* Del rimanente perchè vi fosse luogo a diseredare un discendente era assolutamente necessario che questi fosse erede suo; perciocchè per rimuoverlo dall' eredità era mestieri che vi fosse chiamato.

Secondo il dritto civile siccome i discendenti soggetti, senz'altra persona di mezzo, all' autorità del capo erano i soli eredi suoi, così essi soli doveano esser diseredati: eravi riguardo ad essi una differenza tra i figliuoli maschi nel primo grado, e le figliuole, nipoti, od altri; i primi doveano esser diseredati nominatamente, e la loro omissione rendeva nullo il testamento fin dal principio; gli altri potevano esser diseredati in massa (*inter caeteros*), ed in caso di omissione aveano solamente il dritto di venire in concorso per una determinata parte, con gli eredi istituiti

I postumi essendo persone incerte non potevano, secondo il dritto civile, nè essere istituiti, nè diseredati anticipatamente : la loro nascita, quando erano eredi suoi, dovea necessariamente rompere il testamento anteriore. Per impedire che questo testamento non si rompesse, l' uso permise al capo di famiglia d' istituire o diseredare i postumi suoi. I maschi doveano esser diseredati nominatamente, c'oè per indicazione speciale della classe de' postumi maschi; quanto alle femine esse si trovavano comprese nella diseredazione collettiva *ceteri exheredes-sunto*, purchè il testatore lasciando loro un legato, quanto si voglia piccolo, avesse indicato di averle avute in pensiero, e di averle comprese in questa diseredazione generale.

La legge *Junia Velleia* estese questa permissione riguardo ai discendenti che per avventura fosser nati prima della morte del testatore, ma dopo la formazione del testamento, essa permise eziandio di diseredare anticipatamente coloro che erano già nati al momento del testamento, ma essendo preceduti nella famiglia dal loro padre non erano eredi suoi a quel tempo ma potevano divenir tali dapoi, se il padre loro fosse venuto a morte, ovvero uscito dalla famiglia. I discendenti a' quali questa legge si riferiva erano indicati col nome di *quasi-postumi Velleiani*.

L'omissione d'un postumo, o quasi-postumo non rendeva nullo il testamento fin dal principio, ma lo rompeva al momento della sua agnazione, o quasi-agnazione.

Il dritto pretorio avendo chiamati i figliuoli emancipati alla possessione dei beni nel grado di eredi suoi, impose la necessità di istituirli, o diseredarli; altrimenti il pretore dava loro il possesso de' beni contro le tavole del testamento.

Riguardo a' figliuoli adottivi fino a tanto che erano nella famiglia adottiva, il solo padre adottante era obbligato di istituirli, o diseredarli; ma se, vivendo il loro padre naturale erano emancipati dal padre adottivo, quantunque secondo il dritto civile niuno fosse più obbligato d' istituirli o diseredarli, pure il pretore chiamandoli al possesso de' beni nella successione del padre naturale imponeva a costui rispetto a loro la medesima obbligazione, ch' egli avea rispetto a' figliuoli da lui stesso emancipati.

Giustiniano tolse ogni differenza tra i figliuoli, da un lato, e le figliuole, o nipoti, dall'altro; e riguardo ai postumi tra quelli di sesso maschile, e quelli di sesso feminile. La diseredazione debbesi far nominatamente per tutti senza distinzione niuna; e la loro omissione trae sempre con se la nullità o rottura intera del testamento. Egli confermò il dritto pretorio in quanto a' figliuoli emancipati. In quanto a' figliuoli adottivi rinviò al nuovo dritto da lui stabilito sull' adozione, per lo qual dritto l'adozione non distrugge la potestà paterna del padre naturale, e dà solamente de' dritti *ab intestato* sulla successione del padre adottivo, salvochè l'adozione non sia stata fatta da un ascendente.

Istituzione di erede.

L' istituzione di erede è l' indicazione di colui, o di coloro, che il testatore vuol per eredi; essa è come il capo, e la base di tutto il testamento. La base, perchè se cade l' istituzione, cadono ugualmente tutte le altre disposizioni. Il capo, perchè un tempo dovea necessariamente esser posta in principio del testamento; secondo Giustiniano poco importa il posto dov'essa si trovi, purchè vi sia. Essa dovea eziandio esser fatta in termini solenni ed imperativi nello stile della legge: questa solennità di termini fu abolita da Costantino II.

Possono essere istituiti eredi coloro che hanno fazione di testamento col testatore. Tra le persone che son prive di questa fazione, o del dritto di raccogliere in tutto, o in parte trovansi: i dedilizi, i Latini Giuniani, le donne, i celibi, le persone senza figliuoli, le persone incerte, e per conseguenza i postumi, ad eccezione de'postumi suoi. Sotto Giustiniano non è più quistione di alcuna di siffatte incapacità, ma i *peregrini*, i deportati, gli apostati, gli eretici, non possono essere istituiti; e vi ha ancora alcune cagioni d'incapacità relativa riguardo a'figliuoli incestuosi, al secondo consorte, ed a' figliuoli naturali.

Tranne questi diversi casi, tutt' i Romani, ed i loro schiavi per loro hanno la fazione di testamento.

In quanto agli schiavi si possono istituire così i propri, come gli altrui. Per i propri era anticamente necessario, secondo i giureconsulti, di francarli espressamente nel medesimo testamento; Giustiniano pose fine a tal controversia: l' istituzione suppone di pieno dritto la manomissione. Si dee rispetto ad essi distinguere se sono rimasti o no nella medesima condizione, cioè in potestà del testatore: fino a tanto che vi rimangono, la validità della loro istituzione dipende essenzialmente da quella della manomissione espressa o tacita che vi è annessa; e venendo a morte il testatore essi divengono in forza del testamento liberi, ed eredi necessari in un tempo medesimo. Ma se mutano condizione, come sarebbe, se son manomessi, o alienati vivendo il testatore, allora la loro istituzione è come quella degli schiavi altrui. Costoro possono essere istituiti, se si ha col padrone la fazione di testamento, anche quando si appartengano ad una eredità vacante, perchè l'eredità infino a che non è raccolta rappresenta il morto. L'eredità non si acquista di pieno dritto, e forzosamente dagli schiavi in questa forma istituiti; ma si acquista volontariamente per l' adizione, e soltanto dal momento di essa adizione a loro guadagno, se a quel tempo son fatti liberi, o altrimenti a vantaggio del padrone che hanno allora, e per comando del quale si è fatta l'adizione; perciocchè l' istituzione che sta in testa dello schiavo lo segue di mano in mano, e va insieme col dominio fino all'adizione. Se sono più padroni, l'eredità si acquista in proporzione a ciascuno di coloro, pe' quali l'adizione si è fatta.

Si può istituire uno, o più eredi, ma o sia un solo, o più, è mestieri che abbiano tutta l'eredità, e nulla più che l'eredità. In conseguenza se la distribuzione di parti fatta dal testatore non compia, o al contrario ecceda l'eredità, queste parti debbono essere proporzionatamente aumentate, o ridotte.

I Romani aveano intorno a ciò immaginato un sistema ingegnoso che consisteva in attribuire a ciascun erede, quale che fosse il lor numero, quella quantità di parti che il testatore avea attribuito a ciascuno: il valore di ognuna di queste parti era in seguito determinato dal loro numero totale, per modo che nella somma non formavano mai nè più nè meno dell'eredità. Non pertanto un uso dedotto dal sistema metrico di quel tempo faceva fare comunemente questa divisione in dodici parti che si chiamavano *once*, perciocchè si considerava l'eredità come un *asse* cioè come un qualunque intero che si dovesse pesare, o distribuire a peso tra gli eredi. Per altro questo era un uso, non già una legge ed il testatore era sempre libero di dividere la sua eredità in quante once gli piaceva. Ma se avesse lasciato uno o più eredi senza parti, allora l'uso diveniva regola, e si reputava necessariamente di aver seguito la divisione comune dell'*asse* in dodici once per un semplice peso, in ventiquattro per due pesi (*dupondio*) in trentasei per tre pesi (*tripondio*), e così di seguito, secondo il numero delle parti già indicate da lui; e colui, o coloro, che erano istituiti senza parti indicate, prendevano tutte quelle che rimanevano a compiere le dodici, le ventiquattro, o le trentasei once, di cui l'eredità si dovea comporre.

L'istituzione si può fare puramente e semplicemente, o sotto condizione; essa non può farsi a cominciare da un dato termine, nè fino ad un dato termine; ma può farsi a cominciare da un termine incerto, perciocchè ne' testamenti il termine incerto forma condizione. I termini fissi, o le condizioni impossibili, o contrarie alle leggi messe in un' istituzione non la rendono nulla, ma si considerano come non avvenuti, e l' istituzione come pura e semplice. Nel caso d' istituzione condizionale il compimento della condizione non ha effetto retroattivo in questo senso che il dritto dell' istituito condizionale si abbia a riputare aperto dal giorno della morte del testatore: esso apresi al momento che la condizione si adempie, ed a quell'epoca debbesi riguardar la capacità.

Sostituzioni.

Le sostituzioni, il cui nome viene da *sub-instituere*, istituire al di sotto, son tutte altrettante istituzioni condizionali poste secondariamente sotto un' istituzione principale; ed avean tutte per effetto di prevenire alcuni rischi di morire intestato. Ve n'erano due spezie diverse: la *volgare*, e la *pupillare*; Giustiniano ne aggiunse una terza: la *quasi-pupillare* o *esemplare*.

La sostituzione volgare, così detta perchè era la più comune, è un istituzione condizionale pel caso che i primi istituiti non fossero eredi o per rifiuto, o per incapacità

Siffatta sostituzione si può estendere a quanti gradi si vuole; è lecito sostituire più ad un solo, o un solo a più, o un tale ad un tal'altro, o eziandio gl' istituiti tra loro. In quest'ultimo caso que'che sono eredi raccolgono la parte di coloro che non sono eredi non già per dritto di accrescimento ma per dritto di sostituzione, non in esecuzione della loro prima adizione, ma per una nuova adizione, e se sono ancor capaci di raccogliere; non forzosamente, ma volontaria-

mente. Del rimanente, salvo una disposizione contraria, essi hanno nella sostituzione le medesime parti che nell' istituzione. Colui che è sostituito ad un sostituto è reputato essere egualmente e tacitamente sostituito allo stesso istituito, senza distinguere se i diritti di quest' istituito, o quei del suo immediato sostituto sieno stati i primi a divenir caduchi.

La sostituzione volgare svanisce per le medesime cagioni generali che fanno svanire qualunque istituzione, ed inoltre se la condizione, sotto la quale è fatta, venga a mancare, cioè se l' istituito divenga erede. E reciprocamente si apre quando dopo l'apertura della successione è divenuto certo, che l' istituito non è erede.

La sostituzione pupillare è l' istituzione di un erede fatta dal capo di famiglia nel suo proprio testamento, per l'eredità del figliuolo impubere soggetto alla sua potestà, in caso che questo figliuolo sopravvivendogli muoia impubere. Essa propriamente parlando è il testamento del figliuolo fatto dal capo di famiglia, come accessorio del suo proprio testamento. La medesima persona, può esser sostituita al figliuolo volgarmente e pupillarmente nel medesimo tempo, ed eziandio, salvo una dichiarazione contraria, l'una di siffatte sostituzioni trae sempre l'altra con sè.

Si può sostituire a'figliuoli, o a'nipoti, che sono senza persone intermedie sotto la potestà del testatore, ed è mestieri che questa potestà esista al momento della sostituzione, e della morte; a coloro che si son diseredati ugualmente che a coloro che si sono istituiti eredi; ai postumi, nel caso che, supponendoli nati alla morte del testatore, si troverebbero senza persona intermedia sotto la sua potestà; ed ai quasi postumi. Per gl' impuberi arrogati, l'arrogante dà cauzione al sostituto di restituirgli i beni dall'arrogato, se questi muoia prima della pubertà, e la sostituzione pupillare che esso arrogatore abbia fatta non si estenderà oltre i beni che proverranno da lui. La sostituzione si può fare a ciascuno de'figliuoli, o all'ultimo di essi che muoia impubere.

Il padre può sostituir pupillarmente tutti quelli che può istituire per se medesimo, e, se han la qualità di eredi necessari rispetto a lui, l'avranno eziandio rispetto al figliuolo.

Egli può sostituir persone diverse da' suoi eredi, ovvero i suoi propri eredi tanto nominatamente, quanto generalmente: in quest' ultimo caso son chiamati quei che saranno stati istituiti, e saran divenuti eredi. La sostituzione pupillare può farsi o nel medesimo testamento che l'istituzione, o in un testamento posteriore e separato, ma è sempre l'accessorio del testamento paterno, e se questo cade, cade altresì quella. Non pertanto il menomo effetto che si conservi al testamento o per lo stretto dritto, o pel dritto pretorio, basta per mantenere la sostituzione.

La sostituzione svanisce se la condizione venga a mancare, cioè se il figliuolo giunga alla pubertà: svanisce eziandio per parecchie altre cagioni sia particolari sia comuni a tutte le istituzioni.

Quando essa ha luogo e produce i suoi effetti, comprende tutt' i beni che compongono l'eredità dell' impubere; ed il testatore non potrebbe eccettuarne una parte.

Il privilegio militare produce parecchie eccezioni a questa regola in favore de'soldati.

Si può per rescritto del principe ottenere la facoltà di sostituire anche al figliuolo pubere, al quale lo stato di sordo-muto, di pazzia, o qualsiasi altra cagione impedisce che faccia egli medesimo il suo testamento.

Giustiniano rendendo generale quest'autorizzazione ne dedusse pel caso di pazzia una sostituzione particolare detta da'commentatori *esemplare*, o *quasi-pupillare*, che differisce dalla sostituzione pupillare: 1º in ciò che tutti gli ascendenti hanno la facoltà di farla o che abbiano o no la potestà paterna; 2º in ciò che a loro non è lecito per questa sostituzione di chiamare all'eredità del pazzo, se non talune persone indicate in primo grado dalla legge.

Invalidamento de' testamenti.

Il testamento è *injustum, non jure factum, imperfectum* allorchè non è stato fatto secondo il dritto e se è trasandata nella sua formazione alcuna delle regole indispensabili alla sua validità: allora esso è nullo fin dal principio (*nullum ab initio; nullius momenti; inutile*).

Il testamento quantunque valido a principio, è rotto *ruptum* quando è annullato o rivocato per l'agnazione, o quasi-agnazione posteriore d'un erede suo, o per un testamento posteriore. La rottura per l'agnazione, o quasi-agnazione può in certi casi evitarsi, secondo le regole esposte intorno all'istituzione o alla diseredazione. Per rompere un testamento non è indispensabile di farne un altro: la distruzione volontaria di esso atto ne produrrebbe la rivocazione. Secondo una costituzione di Teodosio i testamenti non dovrebbero più valere dopo dieci anni dalla loro data; ma Giustiniano richiede oltre a questo che la loro rivocazione sia dichiarata per atto autentico, o in presenza di tre testimoni.

Il testamento è *irritum* quando benchè sia per se medesimo regolare e valido, diviene nondimeno inutile perchè il testatore ha patito mutamento di persona, di stato e di capacità. Tutte le diminuzioni di capo producevano questo effetto, salvo i privilegi derivanti dallo stato militare.

I testamenti quantunque rotti (*rupta*), o divenuti inutili (*irrita*), secondo il dritto rigoroso, potevano non per tanto conservare il loro effetto nel dritto pretorio, e servire ad ottenere il possesso de' beni *secundum tabulas*, perciocchè il pretore considerava per la validità due sole epoche: quella della formazione del testamento, e quella della morte, senz'aver riguardo al tempo di mezzo, per modo che se la rottura, o la diminuzione di capo sopravvenuta nel tempo di mezzo, era riparata prima della morte, l'editto attribuiva al testamento il suo effetto pretorio.

Testamenti inofficiosi, e porzione legittima.

Il testamento inofficioso è quello che è contrario a'doveri della pietà tra parenti (*quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*). Quantunque sif-

fatto testamento fosse valido secondo il dritto rigoroso, s'introdusse l'uso di farne pronunziare la nullità come quello che non poteva essere il risultamento della riflessione e di una volontà ragionevole.

L'azione d' inofficiosità è aperta in caso di diseredazione o di omissione fatta senza giusta cagione : ai discendenti , agli ascendenti , ed ai fratelli e sorelle, nell'ordine però che sarebbero stati chiamati all'eredità *ab intestato* ; ma ai fratelli e sorelle solamente nel caso che il testatore li avesse esclusi per istituir delle persone vili. Le cagioni che potevano giustificare la diseredazione, o l'omissione erano lasciate all'estimazione del giudice. Giustiniano le ha fissate, e determinate in una Novella.

Se il testatore avea lasciato al suo erede del sangue una parte sufficiente dei suoi beni per legato, fedecommesso, o altramente, il testamento cessava d' esser considerato come inofficioso. La quantità di questa parte a principio non era determinata ; ma dopo la legge Falcidia o sia pel testo medesimo, o sia per estensione di detta legge fu fissata al quarto ; e fu chiamata la porzione dovuta per legge, la porzione legittima. Questa quantità fu di poi aumentata da una Novella di Giustiniano.

La parte legittima si computa sulla massa de' beni che si trovano al momento della morte comprendendovi i legati, i fedecommessi, e le donazioni a causa di morte, ma fatta deduzione delle spese funebri, de' debiti, e delle manomissioni. Le donazioni tra vivi non son comprese nella massa. Tutto ciò che l'erede del sangue ha ricevuto per disposizione testamentaria, o a causa di morte si deve imputare sulla legittima, ma rispetto alle donazioni tra vivi l' imputazione ha luogo solamente per alcune di esse.

Era assolutamente necessario che il testatore avesse lasciato compiutamente la parte legittima, o almeno che avesse formalmente disposto che in caso d'insufficienza , si avesse il supplemento ; ma Giustiniano tolse via la necessità di siffatta dichiarazione formale. Per tal guisa se il testatore non abbia lasciato nulla all'erede del sangue, questi avrà l'azione d'inofficiosità per far annullare il testamento per intero, ma se egli abbia lasciato qualche cosa quanto si voglia piccola, avrà solamente l'azione per compimento della sua parte legittima.

Nel caso di annullamento per cagione d'inofficiosità, anticamente tutte le disposizioni del testamento venivan meno , e si apriva l'eredità *ab intestato*. Secondo una Novella di Giustiniano l' istituzione sola verrà meno , ma i legati , i fedecommessi, le manomissioni conserveranno il loro effetto.

L' azione per cagione d' inofficiosità si estingueva per l' approvazione data direttamente , o indirettamente al testamento ; per la prescrizione, che anticamente era di due anni , e di poi fu di cinque; e per la morte dell' erede del sangue sopravvenuta innanzi che avesse intentata, o almeno preparata la sua azione. Queste cagioni di decadenza non si applicavano all' azione per compimento della porzione legittima.

Diverse classi di eredi: acquisto e rifiuto dell' eredità

Si distinguono tre classi di eredi relativamente a' quali le regole sull' acquisto, o rifiuto dell' eredità sono essenzialmente diverse.

1. Gli eredi *necessari* cioè: gli schiavi del testatore, istituiti da lui, e rimasti nella medesima condizione; per costoro l' acquisto dell' eredità ha luogo forzosamente e di pieno dritto. Essi non potevano rifiutarla; soltanto il pretore permetteva loro di profittare del benefizio di separazione de' beni, che dava a talune persone. Per effetto di questo benefizio lo schiavo erede necessario non era soggetto all' azione de' creditori del defunto che pei soli beni dell' eredità.

2. Gli eredi *suoi* e *necessari*, cioè: i discendenti sottoposti al potere del defunto, divenuti suoi eredi o per la loro qualità *ab intestato* o per l' istituzione che egli ne avesse fatta. Son detti eredi *suoi*, perchè essendo comproprietari de' beni della famiglia, sono in certa guisa eredi di se medesimi (*sui heredes*). Per costoro l' acquisto ha luogo parimente di pieno dritto, e forzosamente. Essi non possono ripudiare l'eredità, ma il pretore permette che se ne astengano. Per siffatto astenersi, quantunque per lo stretto dritto rimangano eredi, non saranno soggetti ad azione alcuna de' creditori, ed i beni del defunto si venderanno come se non vi fosse erede.

Da ciò segue che relativamente agli eredi *necessari*, ed agli eredi *suoi* e *necessari* non vi ha mai *adizione di eredità*; ma solamente per questi ultimi vi può essere immischiamento, cioè un atto pel quale immischiandosi nell' eredità, rinunziano alla facoltà che aveano di astenersi, e così si obbligano verso i creditori.

3. Gli eredi *estranei* che son liberi di accettare o rifiutare l' eredità. Relativamente a questi in quanto alla loro capacità, ed alla natura de' loro dritti sono a distinguersi tre epoche: 1. quella della formazione del testamento: il loro dritto comincia solamente in una speranza; 2. quella della morte, o dell'adempimento della condizione, se l' istituzione è condizionale: il loro diritto si apre ma non è ancora acquistato; 3. quella dell' adizione dell' eredità: il loro diritto è acquistato. La capacità degli eredi estranei si richiede in tutte e tre queste epoche. Durante il primo intervallo poco importa ch'essi perdano questa capacità, purchè la ricuperino prima della morte del testatore, e prima dell'adempimento della condizione; ma dopo questa seconda epoca la loro capacità dee continuare senz' interruzione fino all' adizione, perciocchè essendo aperto il loro dritto, se divengono incapaci, lo perdono irrevocabilmente. Così quando l' istituito muore, o cessa di esser cittadino dopo l' apertura dell' eredità ma prima di aver fatto adizione, egli non trasmette il suo dritto a'suoi eredi, non avendolo ancora acquistato. Tal' era il dritto rigoroso; non pertanto noi vedremo che si era rimesso alquanto di questo antico rigore.

La parola *adizione*, viene da *adire haereditatem*, cioè *ire ad haereditatem* andare all' eredità. Anticamente l' adizione poteva aver luogo in tre modi: 1. per la Crezione specie di dichiarazione che dovea esser fatta con parole sacra-

mentali nel termine fissato dal testatore, ma solamente quando il testatore lo avea formalmente imposto. Questa crezione non è più in voga dopo gl'imperadori Arcadio, Onorio, e Teodosio; 2. per l'adizione propriamente detta, cioè per la dichiarazione espressa verbalmente o per iscritto, ma senza alcuna necessità di parole sacramentali, che s'intende di accettare l'eredità; 3. per via di atti di erede (*pro herede gerendo*) cioè immischiandosi negli affari dell'eredità, facendovi degli atti che non si possono fare, se non in qualità di erede; e che manifestano l'intenzione di prendere siffatta qualità. Perchè l'adizione sia valida è necessario che l'eredità sia aperta per la morte, o per l'adempimento della condizione; che quest'apertura sia a notizia di colui che fa l'adizione; che questi sappia inoltre s'egli succede *ab intestato* o per testamento, ed in questo caso, per qual testamento. Le medesime regole si applicano al rifiuto, il quale non altrimente che l'adizione può aver luogo o per un'espressa dichiarazione, o per via di atti.

Secondo il dritto civile non era prefisso alcun termine all'istituito per accettare, o rifiutare; ma sulle istanze e procedimenti de' creditori, de' legatari, e di ogni altro interessato era astretto a dichiararsi. Il pretore stabilì nel suo editto che intervenendo queste istanze egli darebbe un termine per deliberare. Questo termine poteva essere esteso da'magistrati fino a nove mesi, e dal solo imperadore fino ad un anno. Spirato questo termine l'istituito era astretto a manifestare la sua intenzione, e ciò non facendo era tenuto accettante relativamente a' creditori, o legatari, se essi aveano fatta istanza; e rinunziante relativamente ai sostituti, o eredi *ab intestato*, se questi aveano cominciato il procedimento.

L'adizione importa obbligazione a tutt'i pesi e debiti dell'eredità, ed è irrevocabile. Non pertanto i minori di XXV. anni potevano esser restituiti in intero contro un'adizione che fosse loro dannosa. I maggiori di XXV. anni non potevano ottener la restituzione che per rescritto dell'imperadore, e per favore speziale, ed individuale a riguardo di talune circostanze eccezionali. Gordiano per il primo stabilì in favore de' soldati, che non sarebbero mai tenuti de' debiti oltre le forze dell'eredità. Da ciò ha dedotto Giustiniano quello che addomandasi *il benefizio d'inventario*, secondo il quale il medesimo dritto è per tutti coloro che avranno avuto cura di fare ne' termini e nelle forme richieste un inventario di tutte le cose componenti l'eredità.

Il benefizio d'inventario non si cumula col termine per deliberare: l'istituito può, se così vuole, ricorrere a quest'antico dritto, e domandare un termine per deliberare; ma allora allo spirare del termine è mestieri che accetti, o rinunzi puramente e semplicemente.

Azioni relative alle eredità testamentarie.

Queste azioni sono: l'azione di petizione di eredità (*hereditatis petitio*), e l'azione di divisione (*familiae erciscundae*) applicabili a tutte le eredità in generale; ed inoltre l'azione contro il testamento inofficioso (*querela inof-*

ficiosi testamenti, l'azione per compimento della legittima, e l'azione contro le donazioni inofficiose (*querela inofficiosae donationis*), le quali tre azioni sono speciali al caso di eredità testamentaria.

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

Post haec videamus de legatis. Quae pars juris extra propositam quidem materiam videtur; nam loquimur de iis juris *figuris* quibus per universitatem res nobis adquiruntur, sed cum omnino de testamentis, deque heredibus qui testamento instituuntur locuti sumus, non sine causa sequenti loco potest haec juris materia tractari.

TITOLO XX.

DE' LEGATI.

Dopo le sopradette cose vediamo la materia de' legati, la qual parte di dritto pare che sia fuor di proposito in questo luogo; perciocchè noi favelliamo di que' modi giuridici pei quali si acquistano le cose per universalità. Ma avendo noi ragionato de' testamenti, e degli eredi istituiti ne' testamenti, non senza ragione si può trattare in questo luogo la presente materia di dritto.

Vi ha un principio in questa materia che bisogna fissar ben addentro nella mente, ed è che un carattere essenziale, e distintivo separa radicalmente nel dritto civile de' Romani l'istituzione di erede dal legato e da tutte le altre disposizioni per causa di morte.

L'erede è il continuatore della persona del defunto, egli è colui che i comizi han consentito che prendesse dopo la morte del tal cittadino, il suo posto nella città; colui che ha comprata la famiglia ed il patrimonio (*familiae pecuniaeque emptor*); colui sul quale la persona giuridica del morto si tramuta, e va a perpetuarsi; colui che assorbisce in se il passato di un altro; il quale nell'ordine del dominio, e delle obbligazioni civili è reputato aver fatto tutto ciò che quest' altro ha fatto attivamente o passivamente. L'indicazione di un tal successore è l'istituzione di erede.

Ma indipendentemente da questa rappresentazione della sua persona giuridica, il cittadino ha potuto disporre de' suoi beni pel tempo che non esisterà più; trasmettere ad altri o la proprietà o dritti di credito contro il suo erede, o anche una quota, il terzo, la metà, e perfino la totalità de' suoi beni, senza stabilire al-

tre relazioni tra quei che ricevono queste liberalità e la sua successione, che quella di acquirenti, o di creditori.

Egli ha potuto fare somiglianti liberalità o trattando esso stesso, in vita, con colui che ha voluto gratificare, per l'accordo delle loro due volontà: e questa è la donazione a causa di morte, che qui basterà solo di ricordare (Ved. p. 189 e seg.).

O nel suo testamento, comandando imperiosamente, ed imponendo una legge alla quale l'erede dovrà ubbidire (*legem dicere*; *legare*); e questo è il legato (*legatum; quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur*) (1);

E da ultimo per qualunque altro atto in alcune circostanze, o con talune forme non obbligatorie per l'erede: pregandolo, manifestandogli il suo desiderio; confidandone la disposizione alla sua fede: e questo è il fedecommesso (*fideicommissa; quae precativo modo relinquuntur* (2).

Niuno di coloro che avranno ricevuto somiglianti liberalità, qualunque sia la cosa che si è loro lasciata, sia pure una quota, o eziandio la totalità de' beni, niuno di questi sarà continuatore della persona del morto; essi non sono che acquirenti, o creditori senza alcuna confusione di persone.

Tale è il dritto civile in tutta la sua purezza, il tempo gli ha recato delle modificazioni che Giustiniano vie maggiormente accrebbe, e questi caratteri un tempo sì distinti e separati sonosi in molti punti avvicinati e confusi.

1. Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.	**1.** Il legato adunque è una certa donazione lasciata dal morto.

Il legato è una specie di donazione (*dono datio*): Frequentemente è una *datio* cioè un trasferimento di proprietà; perciocchè spesse volte produce per se medesimo codesto trasferimento, senza bisogno di tradizione della cosa; essa si annovera tra i modi civili di acquistare (p. 12, 25, e 244). Non per tanto noi vedremo che vi

(1) Ulp. Reg. 24. §. 1. — (2) Ivi — Paolo nondimeno dice: « Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continentur. « Dig. 32 3. 87.; ma questo è relativamente al senso che tal parola aveva nelle disposizioni della legge Giulia e Papia. Del resto noi abbiam veduto (qui sopra p. 257) la generalità primitiva di siffatta espressione.

ha molte circostanze, anche sotto Giustiniano, nelle quali non può produrre, e non produce effettualmente altro che un diritto di credito; allora l'espressione di *datio* è impropria, e stornata dalla sua prima significazione. Questa *datio* è fatta *dono* in dono, per liberalità: ed è questo un carattere essenziale che mai non può venir meno al legato; ove non vi fosse liberalità, non vi sarebbe legato; noi avremo più d'un'occasione di vederne l'applicazione. In fine questa donazione è di una spezie particolare; che ha le sue proprie regole, i suoi propri effetti; che si opera senza il concorso di volontà tra colui che dona, e colui, al quale si fa la donazione. Il legatario non avrà a dichiarare la sua volontà che dopo la morte del donante.

Alcuni caratteri che erano indispensabili al legato nel suo stato primitivo sono scomparsi, o infievoliti sotto Giustiniano, e non si ravvisano più nella definizione ch'egli ne dà.

1° Il legato originariamente non poteva altrimenti farsi che nel caso di eredità testamentaria, e nel testamento medesimo. Quando alcuno si nominava il suo erede, il continuatore della sua persona, allora solamente, e nel medesimo atto poteva imporgli la sua legge privata (*legata*); in quanto all'erede *ab intestato* all'erede chiamato dalla legge generale, se egli veniva per vigore di questa legge, e non per l'istituzione particolare del defunto, questi non poteva imporgli nulla, nè ingiungergli di fare cosa alcuna. Allora poteva il legato definirsi, come si fa da Ulpiano: « Quod legis modo *testamento* relinquitur (1) »; o secondo Modestino: «Donatio *testamento* relicta (2). » Dopo Augusto fu permesso di fare de' legati per codicillo rannodandosi ad un testamento anteriore, o posteriore (3): adunque l'espressione *testamento* non è più nella definizione del legato rigorosamente esatta. Da ultimo sotto Giustiniano quantunque sia mantenuto il principio, che non vi ha vero legato in un'eredità *ab intestato*, nel fatto, però è senza effetto, perchè somiglianti legati restano validi, almeno come fedecommessi.

2° In origine vi avea delle parole spezialmente consacrate alla costituzione de' legati: esse doveano essere imperative. Ecco per-

(1) Ulp. Reg. 24. § 1. — (2) Dig. 31. 2. 36. f. Modest. — (3) Ved. qui appresso tit. 25.

chè Ulpiano dice : « *Quod legis modo , idest imperative relinquitur* , » per contrapposto a' fedecommessi : « *quae precativo modo relinquuntur* » (1). Sotto Giustiniano non vi son più parole consacrate: dunque queste espressioni debbono torsi via dalla definizione.

3° Infine alcune edizioni aggiungono alla definizione : *ab herede praestanda* parole che noi ributtiamo non come inesatte , ma come aggiunzione di qualche copista. Esse farebbero allusione a quest' altra regola originaria, che il solo erede può esser gravato de' legati : in fatti non si può legare a carico di alcun legatario , o fedecommessario, o altro successore qualunque diverso dall' erede testamentario (2). Sotto Giustiniano questa regola sempre ritenuta in principio , nel fatto non produce più risultamento niuno , perciocchè la disposizione vale sempre come fedecommesso.

Noi adunque siamo, innanzi tutto, condotti ad esaminare i cambiamenti fatti da Giustiniano ; e da prima quelli che risultano dall' abolizione di ogni differenza che potesse provenir dalle sole espressioni usate.

In fatti anticamente la differenza delle parole che si adoperavano costituiva : in prima la separazione de' legati , e de' fedecommessi ; ed in secondo luogo negli stessi legati , la loro distinzione in diverse classi, che producevano differenti dritti. Dell'una e dell' altra materia si tratta ne' due paragrafi che seguono.

II. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor : *per vindicationem* , *per damnationem* , *sinendi modo*, *per praeceptionem* ; et certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant , per quae singula genera legatorum significabantur. *Sed ex constitutionibus piorum principum* solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est. *Nostra autem constitutio* (3), quam cum magna fecimus lucubratione defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes disposuit , *ut omnibus legatis una sit na-*

2. Anticamente v' erano quattro sorte di legati : *per vindicationem* , *per damnationem*, *sinendi modo*, *per praeceptionem*, ed a ciascuno di questi modi erano assegnate proprie e particolari parole , per mezzo delle quali si conosceva la qualità del legato. *Ma per le costituzioni de' divini principi* fu tolta via in tutto la solennità di cosiffatte parole. *La nostra costituzione poi* la quale noi facemmo con grandissima vigilanza , desiderando che le volontà de' morti fossero più valide e ferme , e dando favore non alle loro parole , ma alla volontà , ha ordinato *che la*

(1) Ulp. Reg. 24. § 1. – (2) Gai. 2. §§ 260 , e 271. — (3) Si può vedere nel Codice questa costituzione, o almeno una parte di essa Cod. 6. 43. 1

tura et quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, et per hypothecariam: cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

natura di tutti i legati sia una medesima, e che di qualunque forma che sieno le parole usate dal testatore, sia lecito a' legatari di ottenere ciò che loro è stato lasciato, tanto con azione personale, quanto con azione reale ed ipotecaria. Dalla semplice lettura della qual costituzione si scorgerà di leggieri quanto utili, e buone sieno codeste disposizioni.

Per vindicationem: ecco delle formole di questo legato: HOMINEM STICHUM DO LEGO; ovvero DO; ovvero CAPITO, SUMITO, SIBI HABETO (1). È chiamato *per vindicationem*, dice Gaio, perchè immediatamente dopo l' adizione, la cosa legata diviene la proprietà *ex jure Quiritium* del legatario, il quale può rivendicarla. Non pertanto le due scuole di giureconsulti erano discordi intorno a ciò. Secondo i Sabiniani la proprietà era acquistata immediatatamente dopo l' adizione anche all' insaputa del legatario, ma svaniva di poi, come se il legato non avesse avuto luogo, se il legatario la rifiutava. Secondo i Proculiani al contrario, la proprietà si acquistava per la volontà del legatario. Un rescritto di Antonino il Pio pare aver preferito quest'ultimo avviso (2). Il testatore poteva legare in questa forma solamente le cose, delle quali aveva il dominio *ex jure Quiritium*, tanto nel momento della formazione del testamento, quanto in quello della morte; non però di meno il momento della morte bastava per le cose che si valutano a peso, numero, o misura, come sarebbe il vino, l' olio, il frumento, il danaro (3).

Per damnationem: le formole di questo legato sono per esempio: HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE; ovvero, DATO, FACITO HEREDEM MEUM DARE JUBEO (4). Il legatario non diviene nel momento dell' adizione proprietario della cosa legata in questa forma; ma ha solamente un' azione *in personam* contro l' erede per sostenere che questi sia obbligato di dare (*dare* trasferire la proprietà), di procurare (*praestare*), o di fare (5). Siffatto legato per la natura medesima del dritto che conferisce si può applicare tanto alla

(1) Gai. 2. 193. — Ulp. Reg. 24. § 3. — (2) Gai 2. §§ 194, e 195. — (3) Ivi 196. Ulp. Reg. 24. § 7. — (4) Gai. 2. § 201. — Ulp. Reg. 24. §. 4. — (5) Gai. 2. § 204.

cosa del testatore, quanto a quella dell' erede, o di altri, alle cose future le quali non esistono ancora, e non esisteranno che dopo la morte del testatore; alle prestazioni di ogni maniera, alle azioni da fare, o da non fare; in una parola a tutto ciò che può esser l' obbietto di un' obbligazione (1). È però si chiama il legato per eccellenza: *optimum jus legati*, o semplicemente *optimum jus* (2). Il legato *per vindicationem* è un legato di proprietà; il legato *per damnationem* è un legato di credito.

Sinendi modo: per questa formola: « HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM SUMERE ILLAM REM, SIBIQUE HABERE » (3). Quì l' erede è condannato a lasciar prendere; e però questo legato può applicarsi tanto alle cose del testatore, quanto a quelle dell' erede; e purchè la proprietà si trovi tra le loro mani al momento della morte, ciò basta; ma questo legato è inapplicabile alla cosa altrui (4). Esso dunque offre maggior latitudine che il legato *per vindicationem*, e minore che quello *per damnationem*. Quanto a' suoi effetti, non conferisce al legatario la proprietà, ma solamente il dritto di prendere: la proprietà sarà acquistata mediante la presa di possesso. Alcuni giureconsulti, rigorosi logici ne aveano conchiuso che l' erede non era obbligato nè di mancipare, nè di cedere *in jure*, nè di consegnare la cosa legata, perciocchè la sua parte esser dovea al tutto passiva, essendo condannato a lasciar prendere. Ma siffatto avviso non fu guari seguito, e si dava al legatario contro l'erede l'azione *in personam*: QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET (5).

Per praeceptionem: in questi termini: « LUCIUS TITIUS ILLAM REM PRAECIPITO» (6). Regolarmente questo legato non può farsi che a colui che è erede in parte; perciocchè *praecipere* vale prendere innanzi, per anteparte, oltre la propria porzione. Esso non trasferiva la proprietà, ma l' erede prelegatario ne chiedeva l' esecuzione con l' azione di divisione (*judicio familiae erciscundae*, essendochè il giudice di quest' azione avea il carico di aggiudicare ciò che era

(1) Gai. 2. §§ 202, e 203. — Ulp. Reg. 24 §§ 8, e 9. — (2) « *Optimum autem jus est per damnationem legatum* ». Gai. 2. § 197. « *Optimum autem jus legati per damnationem est.* » Ulp. Reg. 24. § 11. — (3) Gai. 2. § 209. — Ulp. Reg. 24. § 5. — (4) Gai. 2. §§ 210, e 211. — Ulp. Reg. 24. § 10. — (5) Gai. 2. §§ 213, e 214. — (6) Gai. 2. § 216. — Ulp. Reg. 24. § 6.

stato prelegato (1); onde si deduce la conseguenza, che solamente le cose del testatore, le cose ereditarie potevano esserne l'oggetto, perchè esse sole eran comprese nell'azione *familiae erciscundae*. Almeno questo era, dice Gaio, l'avviso de' nostri maestri (*nostri praeceptores*) cioè de' Sabiniani, alla cui scuola apparteneva. In fatti grandi controversie erano sorte intorno a questo legato. Così, pel caso che fosse stato fatto ad uno straniero, vi erano tre diverse opinioni: secondo Sabino, tale legato fatto allo straniero era radicalmente nullo, e non poteva in alcun modo esser confermato. Secondo Giuliano, era per verità nullo per rispetto al dritto civile, ma per applicazione d'un senato consulto NERONIANO, di cui diremo fra breve, dovea esser confermato, e valer come legato *per damnationem*. Da ultimo secondo la setta opposta, i Proculiani, doveasi nell'espressione del testatore PRAECIPITO indirizzata allo straniero, fare astrazione dalla sillaba *prae* come superflua, e considerare il legato come se il testatore avesse detto CAPITO, cioè come un legato *per vindicationem*. Quest' ultima opinione, dicevasi essere stata confermata da una costituzione di Adriano (2).

Siffatte distinzioni tra le diverse classi di legati non erano tutte pura sottigliezza di parole, nè in tutto arbitrarie. Lasciando dall'un de' lati la forma, ed andando al fondo, ve ne sono alcune che necessariamente son richieste dalla natura medesima delle cose, e che debbono sopravvivere in qualsivoglia legislazione. Del resto è da notare con qual maravigliosa forza di ragionamento i Romani, data una volta la formola, nè deducono e gli effetti che dee produrre il legato, e le cose che possono formarne l'oggetto, e le persone alle quali può esser fatto. Ma ad una civiltà, che procedendo sempre innanzi si veniva continuamente liberando dalla necessità de' simboli, e delle formole, dovea ben parer rigoroso l'aver fatto così dipendere la sorte della disposizione dalle parole adoperate dal testatore. E però noi vediamo varie modificazioni intorno a questo punto essersi necessariamente introdotte.

Le prime furono arrecate da un senato-consulto fatto a richiesta di Nerone, e questo è il senato-consulto Neroniano (an. 817. di R.; 64. di G. C.) (3), il quale ordinò che ciò che sarebbe stato

(1) Gai. 2. §§ 217, e 219. — Paul. Sent. 3. 6. — (2) Gaj. 2. §§ 218, e 221. — (3) Data incerta: da 807, a 821, di R.; 54, a 68. di G. C.

legato in termini meno atti (vale a dire meno appropriati sia alla cosa , sia alla persona) sarebbe considerato come legato (*optimo jure* , cioè *per damnationem* : « *Uti quod minus aptis verbis legatum est perinde sit, ac si optimo jure legatum esset*) » (1). Dal che seguita , per esempio , che se il testatore ha legato la cosa altrui servendosi della formola *per vindicationem*, o *sinendi modo* , o *per praeceptionem* , il legato nullo , secondo il dritto civile, sarà confermato pel senato-consulto , come se fosse stato fatto *per damnationem* (2), Simigliantemente , secondo l' opinione di alcuni giureconsulti Sabiniani , pel legato fatto con la formola *per praeceptionem* ad una persona che non fosse erede (3). Nel sistema di questo senato-consulto restano le formole , ma se una sia stata adoperata fuor di proposito , in un caso in cui non può valere , si ricorrerà alla disposizione che offre la maggior latitudine , cioè a quella *per damnationem*.

Sotto l' impero di Costantino II., Costanzo , e Costante segue un altra riforma più radicale. Non vi è più necessità di formole ne' testamenti , sì per le istituzioni , e sì pe' legati (an. 339, di G. C.) (4); e quest' abrogazione parziale è seguita tre anni dopo (an. 342,) da un abolizione generale delle formole in tutti gli atti (5) (Vedete quello che ne abbiam detto *Histoire du droit* p. 315), A queste costituzioni fa allusione il nostro testo con le parole : *ex constitutionibus divorum principum*, In questo sistema non sono abolite le quattro spezie di legato ; il legato continuerà ad essere o *per vindicationem*,o *per damnationem*, o *sinendi modo*, o *per praeceptionem* , secondo che il testatore avrà voluto ed espresso , ma nella manifestazione della volontà non vi saranno più parole esclusivamente consacrate, tutte saranno buone , purchè facciano manifesta l'intenzione,

Finalmente sotto Giustiniano le quattro classi di legati scom-

(1) Ulp. Reg. Reg. 24, § 11, — Gai. 2. § 218. — (2) Gai. 2. §§ 197. 212. 220. — Vatic. J. R. Fragm. § 85. — (3) Gai. 2. § 218.— (4) « *Et in postremis ergo judiciis ordinandis amota erit (solemnium) verborum necessitas : ut . . . quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem.* » Cod. 6. 23. 15. Constantin. 339. — « *In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia* ». Cod. 6. 37. 21. Constantinus , Constantius , et Constans 339. — Queste due disposizioni sembrano esser due frammenti della medesima costituzione— (5) Cod. 2. 58. 1. Constantinus 342.

pariscono. L'imperadore decreta che tutt' i legati avranno una medesima natura (*ut omnibus legatis una sit natura*); e che il legatario, quale che sia la forma in cui gli è stato lasciato il legato, ne potrà chiedere l'esecuzione per via di azione personale, reale ed ipotecaria (*non solum per actiones personales*, *sed etiam per in rem*, *et per hypothecariam*). Tuttavia Giustiniano togliendo ogni differenza quanto ai termini, non ha potuto distrugger quelle che necessariamente provengono dalla natura delle cose. Tutti *i legati* avranno una sola e medesima natura generale in questo senso, che i loro effetti non dipenderanno più da alcuna classificazione giuridica, o formolaria, e che tutti senza distinzione produrranno tutti gli effetti, e conferiranno al legatario tutti i diritti, che comporterà la cosa legata. Ma egli è impossibile che questi diritti sieno i medesimi in tutt' i casi, e che la proprietà sia sempre trasferita pel legato; così essa non sarà trasferita, ed il legatario non potrà avere l'azione *in rem*, se il testatore ha legato, per esempio, la cosa altrui, ovvero una cosa indeterminata, come uno schiavo, un cavallo, una somma di danaro, tante misure di vino, almeno in fino a che la scelta non sia fatta; ovvero, se ha legato un credito, o la liberazione di un debitore, ovvero qualche fatto, o atto che il solo erede debba fare, o da cui si debba astenere. Sicchè quel che dipendeva dalle formole, o dalle espressioni è sparito, ma quel che dipendeva dalla forza imperiosa delle cose è rimasto. Del resto noi avremo a ritornar sulla materia delle azioni prodotte dai legati.

Da ciò che ora abbiam detto si può dedurre che il legato applicato ad una determinata cosa del testatore è un modo di acquistare. Immediatamente dopo l'adizione, e senza alcuna necessità di tradizione la proprietà si trova trasmessa al legatario. Perchè la giurisprudenza romana non ha richiesto il passaggio del possesso dall' uno all'altro come segno manifesto e rivelatore del mutamento di proprietà? La ragione è che qui è intervenuto un altro fatto del pari manifesto, e patente, cioè la morte che ha spogliato il defunto, ed una specie di legge, il legato (*lex*), che ha investito il legatario. E però questo modo di acquistare era annoverato in primo luogo tra quelli che venivan compresi sotto il nome *lege* per la legge (p. 25).

III. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare ut nulla sit inter ea differentia; sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixte de his exponendo studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operae pretium esse duximus interim separatim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare, ut, natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

3. Nè abbiamo creduto doverci stare contenti a quella costituzione; perciocchè avendo noi trovato che l' antichità teneva fra stretti confini i legati, mentre era più larga ed indulgente pe' fedecommessi, i quali discendevano dalla volontà de' morti più che i legati, giudicammo che fosse necessario adeguare tutt' i legati ai fedecommessi, acciocchè non vi sia tra essi differenza alcuna; ma quel che manca a' legati sia ripieno per la natura de' fedecommessi, e se ne' legati è qualche cosa di più, cresca per questo la natura del fedecommesso. Ma acciocchè trattando dell' una e dell'altra cosa mescolatamente non adduciamo una certa difficoltà a' giovani studiosi, che sono appena forniti de' primi elementi delle leggi, abbiamo stimato esser ben fatto, trattar prima separatamente la materia de' legati, e poi quella de' fedecommessi, acciocchè, conosciuta la natura dell' una e dell' altra cosa, possano più agevolmente intendere la mescolanza che ne abbiam fatta.

Le cagioni, che facevano di una disposizione un semplice fedecommesso in cambio d'un legato, potevano provenire o dalle parole adoperate, o dalle circostanze.

Quanto alle parole, se in luogo delle formole consacrate dal dritto civile per costituire un legato (*civilia verba*, come dice Ulpiano) si fossero adoperate delle altre espressioni, ordinariamente a modo di preghiera (*precativo* modo, *precative*), la disposizione, tuttochè si trovasse in circostanze che avrebbe potuto aver luogo un legato, era un semplice fedecommesso. Le parole più frequentemente in uso eran quese PETO, ROGO, MANDO, *fideicommitto*, ovvero: DEPRECOR, CUPIO, DESIDERO; ed ancora: VOLO, INJUNGO, IMPERO, (le quali parole, tuttochè imperative, non erano espressioni del dritto civile *civilia verba* appropriate a' legati) (1). Del resto queste pa-

(1) Gai. 2. § 249. — Ulp. Reg. 25. § 2. — Paul. Sent. 4. 1. 5. — Cod. 6. 43. 2. Justin.

role di fedecommesso non erano consacrate, si adoperavano per usanza e non per necessità; perciocchè in questa materia la libertà d'espressione era pressochè intera (1); il fedecommesso poteva esser lasciato anche con un accennar di capo, per segno di assentimento (*nutu*) (2).

Quanto alle circostanze, se erano tali, che secondo il dritto civile, un legato non poteva aver luogo, per esempio, se non v'era *eredità* testamentaria, ma eredità *ab intestato*, ovvero se il testatore voleva gravare della sua liberalità non il suo erede, ma un legatario (p. 411), o eziandio in altri casi incompatibili con la natura de' legati, e che avremo occasione di vedere più appresso, la disposizione non poteva essere che fedecommesso.

Sotto Giustiniano non vi ha più differenza alcuna in quanto alle parole; ma si dee ancora aver riguardo a quella che risulta dalle circostanze, se si vuol tener conto de' principi astratti, e soprattutto far distinzione, come fanno le Instituzioni, tra i legati ed i fedecommessi. Ma se si voglia solo considerare il risultamento di diritto, anche quest' ultima differenza è svanita, perciocchè i legati, ed i fedecommessi son confusi insieme; ogni disposizione che non può valer come legato, vale come fedecommesso; e reciprocamente i fedecommessi debbono produrre tutti gli effetti, che i legati producevano.

Non pertanto noi abbiamo già veduto, ed avremo ancora occasione di spiegare (qui appresso tit. 24 § 2.) una differenza maggiore che continua a sussistere tra il legato, ed il fedecommesso della libertà.

I paragrafi che seguono, e che son consacrati a trattar de'legati non sono disposti ordinatamente e con buon metodo; noi senza prenderci la libertà, d'invertir l'ordine, c'ingegneremo tuttavia di darvi il maggior lume e chiarezza che per noi si possa. E da prima cominceremo dall' esporre due principi fondamentali, che dominano in questa materia, la cui conoscenza renderà molto semplici, e chiare le spiegazioni che ci resteranno a dare.

(1) Purchè esprimesse l' idea. E senza dubbio in questo senso Paolo rigetta le espressioni *relinquo et commendo* come quelle che non poteano servire neppure ad un fedecommesso Paol. Sent. 4. 1. § 5. Il che però ci fa vedere che la sottigliezza sulle parole erasi introdotta fin nei fedecommessi.
(2) Ulp. Reg. 25. § 3. — D. 32. 3.° 21. pr. f. Paul.

DEL DIES CEDIT, E DEL DIES VENIT RELATIVAMENTE A'LEGATI (1).

Dies cedit il giorno procede, s'avanza, *dies venit* il giorno è venuto: espressione poetica, e figurata che non è speciale, come generalmente si crede, alla materia de' legati, ma può applicarsi ad ogni acquisto di dritti, e segnatamente alle obbligazioni. *Dies* è il termine fissato per l' esigibilità del dritto, è la scadenza del dritto. *Dies cedit* vuol dire il termine comincia a correre, si procede verso la scadenza del dritto; *Dies venit*, il termine stabilito per l'esigibilità è giunto, la scadenza ha avuto luogo, si può domandare. « *Cedere diem*, dice in generale un estratto di Ulpiano messo nel titolo del Digesto, che tratta della significazione delle parole, *cedere diem significat incipere deberi pecuniam, venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit*. E togliendo ad esempio una stipulazione, il giureconsulto aggiugne: « Se essa è pura e semplice, la cosa è dovuta ed esigibile nel medesimo istante (*et cessit et venit dies*), se è a termine (*in diem*), il termine comincia a correre, ma non è ancora giunto (*cessit dies, sed nondum venit*); se è sotto condizione, il termine non corre e non giunge fino a tanto che la condizione è ancora pendente (*neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione* » (2). Questi principii generali si applicano con qualche particolarità alla materia de' legati.

Il *dies cedit* significa qui che il dritto eventuale al legato è fissato, è determinato a vantaggio del legatario, e che l'esigibilità si avanza. Diciamo il dritto *eventuale*, perchè, siccome la sorte de' legati dipende sempre da quella del testamento, se, anche dopo che il *dies cedit* ha avuto luogo, l' erede rinunzi o sia incapace, o il testamento cada per qualsivoglia cagione, tutt' i legati svaniranno: adunque il dritto anche dopo che il *dies cedit* ha avuto luogo, è eventuale. E questa è una particolarità della presente materia. In quanto all' espressione *dies venit*, essa significherebbe qui come per le obbligazioni in generale, che la scadenza del dritto, e l' esigibilità è giunta. Dobbiamo tuttavia confessare che non si trova adoperata specialmente ne'testi

(1) D. 36. 2. Quando dies legatorum, vel fideicommissorum cedat. — 7. 3. *Quando dies usufructus legati cedat.* — Cod. 6. 53. Quando dies legati vel fideicommessi cedit. — (2) D. 50. 16. 213. pr. f. Ulp.

per la materia de' legati, il che non ci riterrà dall' usarla, perciocchè essa è laconica, e d'altra parte è generale nella sua significazione.

In qual'epoca ha luogo il *dies cedit*, ed il *dies venit*? Per regola generale il *dies cedit*, cioè il momento in cui il dritto eventuale resta fissato a vantaggio del legatario ha luogo pei legati puri e semplici nel giorno della morte del testatore. Lo stesso è a dire pei legati a termine (*ex die certo; in diem; post diem*), quando si tratta di que' termini, che non equivalgono ad una condizione, e non sospendono il dritto; per esempio, io lascio cento soldi d'oro pagabili alle calende di Gennaio o tanti anni dopo la mia morte, tanti anni dopo l' adizione, etc. (1). In quanto a' legati subordinati ad una condizione sospensiva, o ad un termine equivalente a condizione, il *dies cedit* ha luogo nel giorno dell' adempimento della condizione (2). Relativamente poi al *dies venit*, perchè esso abbia luogo, cioè perchè il legato sia scaduto, ed esigibile, si richiede necessariamente che sia avvenuta l' adizione, ed inoltre, se vi ha un termine qualunque, o una condizione, si richiede eziandio che questi si sieno avverati e compiuti (3).

La legge PAPIA POPPEA nelle sue disposizioni caducarie e fiscali avea modificato l' antico dritto relativamente al *dies cedit* pei legati puri e semplici; in vece di scadere alla morte del testatore, il *dies cedit* non dovea più aver luogo che all' apertura del testamento (*ex apertis tabulis*) (4). Queste leggi caducarie già in parte abrogate da Costantino (5), e da Teodosio (6), furono in tutto abrogate da Giustiniano, il quale ristabilì l'antico dritto in quanto al *dies cedit* (7).

Qual' è l' utilità del *dies cedit*, e del *dies venit*. Intorno a quest' ultimo punto, cioè in quanto alla scadenza, in quanto all' esigibilità non vi è difficoltà niuna, e non vi è per conseguenza necessità di spiegazione. Ma per quel che riguarda il *dies cedit* è necessario far

(1) D. 36. 2. 5. pr. f. Ulp. e 21. pr. f. Paul. — (2) Ivi 5. § 2. f. Ulp. e 21. pr. f. Paul. — (3) Ben inteso che non vi ha alcuna distinzione a fare tra l' epoca della morte, e quella dell' adizione, se si tratta di eredi necessari, perciocchè essi non possono rifiutare l' eredità. — D. 31. 2.° 32. pr: f. Mod. — 36. 2. 21. pr. f. Paul. — (4) Ulp. Reg. 24. § 30. — Noi daremo fra poco alcuni particolari intorno a quest' apertura del testamento: i frammenti di Ulpiano 10. §§ 1, e 12. messi nel titolo del Digesto che tratta di tale apertura erano evidentemente relativi a questa disposizione della legge *Papia Poppea*. — (5) C. 8. 58. — (6) C. 6. 51. 1. § 5. — (7) Ivi. 1. § 1.

alcune osservazioni. Generalmente tutta l'attenzione si rivolge ad un solo degli effetti del *dies cedit*, alla trasmessibilità del dritto, e vi ha eziandio chi traduce le parole *dies cedit* per queste: *il dritto è trasmessibile* (1), la qual traduzione è inesatta. Questo effetto per verità è uno de' principali, del *dies cedit*, ma non è certamente il solo; che anzi esso non è essenziale, percioccchè può non incontrarsi, il che avviene in tutti i legati di dritti esclusivamente annessi alla persona (pag. 147), mentre vi sono degli altri effetti che mai non vengono meno.

Al *dies cedit*, abbiam detto, resta fissato il dritto eventuale a vantaggio del legatario: or codesta fissazione produce delle conseguenze ed esercita una certa influenza su quattro punti importanti: 1.° sulla determinazione delle persone, alle quali il legato sarà acquistato; 2.° sulle cose che dovranno comporlo; 3.° sulla trasmissibilità del dritto, quando essa è possibile; infine 4.° in alcuni casi particolari, sulla perdita, o la conservazione del dritto, che forma l'oggetto del legato.

1.° *Sulla determinazione delle persone, alle quali il dritto sarà acquistato*; questa sarà necessariamente la persona capace di acquistarlo nel momento in cui il dritto resta fissato; così se si tratta di un legato fatto ad un figliuolo di famiglia, o ad uno schiavo, profitterà del legato, e potrà reclamarlo alla scadenza (pag. 225), il capo di famiglia o quegli che era padrone al momento del *dies cedit*, percioccchè all'epoca del *dies cedit* resta fissato il dritto; ovvero il figliuolo, o lo schiavo medesimo, se al giorno del *dies cedit* si trovavano divenuti *sui juris*. (2)

2.° *Sulle cose che dovranno comporre il legato*; giacchè il dritto eventuale è fissato al *dies cedit*, è fissato tanto rispetto alla cosa, quanto rispetto alle persone. Così ciò che forma l'oggetto del legato, ed a cui si estende il dritto eventuale del legatario, è la cosa nel modo medesimo in cui si trovava nel momento del *dies cedit*. Se questa cosa è una universalità suscettiva di accrescimento, o diminuzione, come sarebbe un peculio, un gregge, la regola, com'è chiaro, acquista viemaggiore importanza (3).

(1) V. Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen Roemischen Rechts* (Manuale del dritto romano moderno) § 712 p. 391 della traduzione. — (2) Dig. 36. 2. 5. § 7. f. Ulp. — Ulp. Reg. 24. § 23. — (3) Dig. 31. 2.° 65. pr. f. Pap. — Ved. qui appresso § 20.

3° *Sulla trasmessibilità del dritto* ; se il legatario muore prima del *dies cedit*, egli non avrà avuto che delle speranze, e queste per la sua premorienza sono svanite ; laonde non trasmette nulla a' suoi eredi. Ma se per contrario il *dies cedit* ha avuto luogo , siccome il dritto eventuale è fissato a suo vantaggio, egli lo trasmette a' suoi eredi (1).

4° *Finalmente in alcuni casi, sulla perdita o la conservazione del dritto legato* ; questo è quel che già abbiam veduto per gli effetti della piccola diminuzione di capo o del non-uso pei legati d' usufrutto , d' uso , o d' abitazione (Ved. quì sopra pag. 155 e 162) : l' estinzione non si può effettuare , se non quando il *dies cedit* ha di già avuto luogo. Dal che ebbero origine i legati d'usufrutto , o d'uso *in singulos annos*, *vel menses*, *vel dies* pei quali vi ha in ciasun anno, mese, o giorno un nuovo *dies cedit* (2).

Questa teorica del *dies cedit* ha inoltre delle conseguenze,di cui vedremo sovente l' applicazione in quanto alla stessa validità del legato (Ved. segnatamente quì appresso §§ 32 , e 33).

Prima di por fine a quest' argomento crediamo ben fatto di notare due casi particolari, ne'quali la determinazione del *dies cedit* si allontana in tutto dalle regole generali , che ora abbiamo esposte.

1.° Se si tratta d'uno schiavo del testatore , a cui questi abbia lasciato nel suo testamento la libertà e con essa un legato , siccome la prima condizione perchè lo schiavo possa avere un dritto fissato a suo vantaggio , è che sia divenuto libero, il *dies cedit* pel suo legato non avrà luogo se non quando avrà acquistata la libertà , cioè non alla morte del testatore , ma all' adizione dell' eredità , supponendo che si tratti di disposizioni pure, e semplici (3).

2.° Per l'usufrutto, l'uso, e l'abitazione dritti esclusivamente annessi alla persona del legatario , noi sappiamo che il *dies cedit* non ha luogo se non quando si è anche avverato il *dies venit*, il che vuol dire che la fissazione del dritto non ha luogo se non al momento medesimo della scadenza (4) (pag. 147) : « *Tunc enim constitui-*

(1) D. 36. 2. 5. pr. f. Ulp. — (2) D. 7. 4. 1. § 1. e seg. f. Ulp. — Ivi 28. f. Paul.—(3) Ved. qui appresso § 20. e D. 33. 8. 8. § 8. f. Ulp.—Ved. eziandio una particolarità analoga per il legato fatto ad uno schiavo che sia stato egli medesimò l' oggetto d' un legato. D. 36. 2 17. pr. e 16. § 1. f. Jul. — (4) D. 36. 2. 2. f. Ulp.

tur ususfructus, dice Ulpiano, per render conto di questa differenza, *cum quis jam frui potest* » (1); ed altrove più chiaramente lo spiega dicendo: « *Nam cum personae cohaereat*, *recte dicitur ante aditam hereditatem diem non cedere* » (2); ed in fine anche più esplicitamente: « *Nam cum ad heredem non transferatur*, *frustra est si quis diem ejus cedere dixerit* » (3). Sicchè l' idea che ha predominato nell'introdurre siffatta eccezione è che qui la trasmessibilità del dritto non è possibile. Ma essa non è più possibile dopo l'adizione, che prima; anche dopo l'adizione non vi hà di trasmessibile altro che il dritto sui frutti di già raccolti prima della morte dell' usufruttuario; quanto all' usufrutto in se medesimo, esso è estinto per questa morte. Per contrario il *dies cedit* conserva tutti i suoi effetti sugli altri tre punti che abbiamo accennati. E però Labeone pensava che dovesse aver luogo così pei legati di usufrutto, come per tutti gli altri legati senza alcuna differenza; ma prevalse l'opinione contraria, quella di Giuliano (4).

Della regola Catoniana (Catoniana regula) (5).

È principio di ragione generalmente ricevuto nella legislazione romana, che un atto nullo nella sua origine non può divenir valido per solo decorrimento del tempo: « *Quod initio vitiosum est*, *non potest tractu temporis convalescere* » (6). Ma qual' è la vera forza, quale l' estensione di applicazione di siffatta regola? Questo punto non è scevro di serie difficoltà!

Nella materia che abbiam per le mani, cioè ne' testamenti quel che riguarda la forma dell' atto, o la capacità del testatore è fuor d' ogni dubbio sotto l' impero di questa regola: se la forma è viziosa, o il testatore incapace da principio, il testamento è nullo, e non sarà convalidato per volger di tempo. Ma rispetto a colui, in favore del quale si è disposto, o delle cose che posssono nella disposizione esser comprese, che cosa si dovrà mai decidere? Il testamento, non è destinato a produrre alcun effetto al momento della sua formazione, perciocchè esso è un atto di precauzione, un atto per l' avvenire,

(1) D. 7. 3. 1. § 2. f. Ulp. e *Vatic. J. R*, *Fragm.* § 60. — (2) D. 36. 2. 9. f. Ulp. — (3) Ivi 3. — (4) Vatic. J. R. Fragm. § 60. — (5) Dig. 34. 7. *De regula Catoniana*. — (6) D. 50. 17. 29. f. Paul.

pel giorno, che il testatore morrà; non sarà dunque bastante di attender quest'epoca per esaminare se vi ha capacità di ricevere, o se le cose comprese nella disposizione sieno suscettive di esserne l'oggetto?

Per l'istituzione di erede noi abbiam veduto la risoluzione della quistione; bisogna che la capacità di essere istituito si trovi al momento che si fa il testamento, senza pregiudizio dell'altre epoche, ed abbiam mostrata l'origine di siffatta regola nella natura medesima del testamento *calatis comitiis*, e del testamento *per aes et libram* nella sua pristina forma (p. 257 nota 2 e 385). Dal che venne questa massima espressa da Licinio Rufino: « *Quae ab initio inutilis fuit institutio ex post facto canvalescere non potest* » (1).

Ma pei legati, la natura de' testamenti primitivi non portava le medesime conseguenze. Se l'erede dovea essere accettato ne' comizi per continuare la persona del morto, se più tardi dovè comprare il patrimonio, il che necessariamente richiedeva che esistesse e fosse capace al momento della decisione de' comizj, o della mancipane del patrimonio, non era lo stesso pe' legatari: istituito una volta l'erede, i legati erano il peso che a lui veniva imposto, erano la legge del testatore, la legge indicata dalla *nuncupatio*; niuna forma di testamento traeva come indispensabile conseguenza la necessità dell'esistenza, e della capacità de' legatari al momento medesimo della formazione dell'atto, perciocchè essi non vi figuravano in persona a titolo veruno.

Ma siffatta necessità introdotta probabilmente con qualche incertezza dalla prima giurisprudenza, fu definitivamente formolata da Catone il Vecchio, o forse dal suo figliuolo in una regola generale che ebbe il nome di regola Catoniana (*Catoniana regula*). Celso ne riporta la disposizione in questi termini: « *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere* » (2). Cosicchè per giudicare della validità d'un legato bisogna supporre il testatore morto immediatamente dopo la *formazione* del testamento, e vedere, se in questo stato il legato sarebbe valido. La ragione filosofica di cosiffatta regola fu senza dub-

(1) D. 50. 17. 210. — (2) D. 34. 7. 1. pr. f. Cels. Non pertanto il giureconsulto aggiugne che questa disposizione della regola Catoniana è falsa in alcuni punti: « *Quae definitio in quibusdam falsa est* ».

bio, che essendo il testamento un atto che si fa per preveggenza del momento della morte, ed essendo la morte sempre imminente, e potendo colpire in ogni istante, anche nello stesso momento che il testamento è fatto, i giureconsulti pensarono poterne logicamente dedurre che questo atto dovesse esser tale da poter produrre il suo effetto all' istante me desimo, se ne avvenisse il caso (1).

La regola Catoniana non riguarda le istituzioni di eredi : *Catoniana regula non pertinet ad hereditates,* » dice Papiniano (2). Il principio che le regola è simigliante, ma ha preceduto la regola Catoniana, e proviene da altra fonte. Siccome l'una è venuta a dar compimento all'altro, si può dire con Giavoleno tanto per le istituzioni, quanto pe' legati : « *Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statim eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint* » (3).

La regola Catoniana non si applica neppure a' legati condizionali (4). In fatti in questo caso supponendo eziandio il testatore morto subito dopo la formazione del testamento: il legato non è stato fatto per produrre immediatamente il suo effetto; ma essendo subordinato ad una condizione, fino a che questa non si verifica, niun dritto è fissato, il *dies cedit* non ha luogo nè per rispetto alla persona, nè per rispetto alla cosa : bisogna dunque attendere ancora. Per la medesima ragione non si applica a que' legati, pe' quali il *dies cedit* ha luogo non alla morte, ma solamente dopo l'adizione della eredità (*neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem* (5) ; » nè da ultimo alle nuove leggi (*ad novas leges*), dice Ulpiano (6), il che fa senza dubbio allusione

(1) *Quia quod nullas vires habiturum foret si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere quia vitam longius traxerit, absurdum esset*, » dice Gaio 2. § 244 — (2) D. 34. 7. 3. « *Ad conditionales hereditates non pertinet* » aggiunge il frammento 4, che segue immediatamente, e che è tolto da Ulpiano : frammento la cui interpetrazione può presentare delle difficoltà, perciocchè se la regola Catoniana non si applica ad ad alcun' istituzione a che prò dire che non si applica alle istituzioni condizionali ? L' interpetrazione più semplice, e chiara è quella la quale ritiene che questa legge parli de' legati fatti in un testamento, la cui istituzione è condizionale. In fatti questi legati sono per ciò solo essi medesimi condizionali, e come tali non soggetti alla regola Catoniana.— (3) D. 50. 17. 201. — (4) D. 34. 7. 1. § 1. Cels.; e 2. f. Paul. — (5) Ivi 3 f. Papin.—(6) Ivi 5. f. Ulp.

secondo le congetture di Cuiacio, alle condizioni di capacità (condizioni di matrimonio, e d'esistenza di figliuoli) richieste dalle leggi JULIA, e PAPIA POPPÆA (*Hist. du droit* p. 253).

Applicavasi la regola Catoniana a'fedecommessi? Da principio, e nello scopo primitivo de'fedecommessi destinati precisamente a schivare i rigori del dritto civile si può dire certamente che no. Da ciò parecchi interpetri han dedotto che siccome sotto Giustiniano i legati debbono prender da' fedecommessi tutto ciò che questi hanno di *più* favorevole, così la regola Catoniana non possa più aver luogo. Noi non ammettiamo siffatta deduzione; in fatti il Digesto di Giustiniano, nel quale si è fatta la fusione de' legati e de' fedecommessi, consacra ciò non ostante un titolo speciale alla regola Catoniana, questa regola continua a ricevere la sua applicazione in ogni occasione, e segnatamente in parecchi paragrafi del nostro titolo. Da ultimo da che i fedecommessi sono stati una volta sanzionati dalla legislazione come obbligatori, non sono stati più lasciati nella loro primitiva indipendenza; e noi vediamo in Caio, ed Ulpiano che le regole sulla capacità di ricevere furono ad essi applicate da un senato-consulto al tempo di Adriano spezialmente in ciò che riguarda i *peregrini*, le persone incerte, i postumi estranei (1). Dal che si può dedurre la conseguenza, che probabilmente la regola Catoniana era stata estesa eziandio a'fedecommessi, almeno relativamente alla fazione di testamento (2); e che in ogni caso, sotto Giustiniano nonchè render comune ai legati la loro eccezione, se pure vi era, i fedecommessi al contrario ne adottarono la regola.

Comechè l' ordine de' paragrafi che ci rimane a spiegare non sia nè metodico, nè regolarmente seguito, pure salvo alcuni deviamenti, che faremo notare, si presenta presso a poco a questo modo: Delle cose che possono esser legate, materia nella quale si trova inframmesso ciò che riguarda il dritto di accrescimento fra i collegatari; Degli accrescimenti, e delle diminuzioni della cosa legata; Di coloro a' quali si puo legare; Della modalità de' legati.

(1) Gai 2. §§ 285, e 287. — Ulp. Reg. 25. §§ 4, 6 e 17. — (2) Nondimeno la questione sotto questo ultimo punto di vista è molto dubbia. V. 32. 3.° 1. § 1. e 5. f. Ulp.; 7. f. Ulp. che presenterebbero almeno delle eccezioni all' applicazione della regola.

Delle cose che possono esser legate.

IV. Non solum autem testatoris, *vel heredis res, sed et aliena* legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam et praestare, vel, *si non potest redimere*, aestimationem ejus dare. Sed si talis res sit, *cujus non est commercium*, nec aestimatio ejus debetur, sicuti si campum Martium, vel basilica, vel templa, vel quae publico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat: forsitan enim si scisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit, et verius esse ipsum qui agit, idest legatarium probare oportere scisse alienam rem legare defunctum; non heredem probare oportere ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit (1).

4. Non solamente poi si può lasciar per legato la cosa del testatore, *o dell' erede*; ma anco l' altrui, in maniera che l'erede sia astretto a riscuoterla, e darla al legatario, o *se non può averla*, dee dar la valuta di quella tal cosa. Ma se quella cosa è tale *che non sia in commercio*, non si è tenuto a darne il prezzo; come sarebbe se alcuno lasciasse in legato il campo Marzio, o le basiliche, o i tempi, o quelle cose che sono destinate all' uso pubblico, perciocchè cosiffatto legato non è di momento alcuno. E quel che abbiam detto che si può lasciare in legato la cosa d' altri s' intende in questa maniera, se il morto sapeva la cosa esser d' altri, e non se egli nol sapeva; perciocchè se egli avesse saputo la cosa esser d' altri, non l' avrebbe forse legata. E così rescrisse il divino Pio; ed è più vero che il legatario il quale domanda, sia tenuto a provare che il morto sapeva di lasciare in legato la cosa d' altri, che non sia tenuto l' erede di provare ch' egli nol sapesse; perciocchè la necessità del provare si dà sempre a colui che fa da attore.

Vel heredis res; il che altra volta non avea luogo che pe' legati *per damnationem*, o *sinendi modo* (p.412).

Et aliena: il che anticamente applicavasi soltanto a' legati *per damnationem* (p.412).

Si non potest redimere: o ancora se vi sia qualche giusta ragione per esser dispensato dal dare individualmente la cosa; come sarebbe se se ne richieda un prezzo eccessivo; ovvero se lo schiavo che egli è stato incaricato di dare, sia suo padre, sua madre, o suo fratello naturale. In questo caso è in facoltà del giudice il permettergli di liberarsi pagandone la valuta (2).

(1) D. 22. 3. 21. f. Marcian.—(2) D. 30. 1.° 71. § 3. f. Ulp.— 32. 3.° 30. § 6. f. Labeone.

Cujus non est commercium: benchè l' acquisto ne sia difficile, purchè sia giuridicamente possibile vi è tenuto, salvo il dritto di essere ammesso a pagarne solo la valuta se nel fatto non può acquistarla (1).

5. Sed et si *rem obligatam* creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: et ita divi Severus, et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

5. E se alcuno lascerà in legato una cosa sua, ma *obbligata* al suo creditore, è necessario che l'erede la riscuota, e piace che s' osservi in questo caso quel che si è detto pel caso della cosa d' altri, cioè che bisogni all'erede riscuoter quella tal cosa, se il morto sapeva ch'essa fosse obbligata, e così rescrissero i divini Severo ed Antonino. Ma se il morto avrà voluto che il legatario la riscuota, e lo abbia detto nel testamento, non debbe riscuoterla l' erede.

Rem obligatam: cioè o ipotecata, o data in pegno (2).

VI. Si res aliena legata fuerit et ejus, *vivo testatore*, legatarius dominus factus fuerit: si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione *pretium* consequi potest, si vero ex causa lucrativa veluti ex donatione, vel alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas in *eumdem* hominem, et in eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem ex testamento consecutus est: nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; *si aestimationem*, agere potest.

6. Se sarà stata lasciata l'altrui cosa, ed il legatario ne divenga padrone, *vivendo il testatore*, s' egli l' avrà acquistata per via di compra, può averne il *prezzo*, per azione del testamento; *ma* s' egli l' avrà acquistata a titolo gratuito, come sarebbe a dire per via di donazione, o d' altro simile, non può pretender nulla. Perciocchè si ha per regola che due cause di guadagno non possono concorrere in *un medesimo individuo*, ed in una medesima cosa. Per questa ragione se una stessa cosa è lasciata a qualcuno da due testamenti, è da vedere se abbia ricevuto da prima la cosa o il prezzo; perocchè s' egli ha ricevuto la cosa, non può domandar nulla, avendo ricevuto quella tal cosa a titolo di guadagno; ma s' egli abbia ricevuto il *prezzo*, non gli è vietato di chieder anche la cosa.

Vivo testatore: Vivendo il testatore, o anche in epoca qualun-

(1) D. 30. 1.° 39. §§ 7. a 10. f. Ulp. — Ulp. Reg. 24. § 9. — D. 41. 1. a 83. § 5. f. Paul. — 137. § 6. f. Venul. — (2) Paul. Sent. 3. 6. § 8. — D. 30. 1.° 57. f. Ulp.

que dopo la sua morte, fino a tanto che il legato non è stato rilasciato. In fatti è regola non già speciale a' legati, ma generale in materia d'obbligazione, che chi deve per una causa di guadagno una cosa determinata, è liberato, se il creditore avrà acquistata quella tal cosa a titolo di guadagno: « *Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenisset* » (1).

Pretium: il prezzo che quella tal cosa gli è costata: « *Usque ad pretium quod mihi abest competet mihi actio ex testamento,* » dice Ulpiano (2). Il che devesi applicare non pure al caso di compra, ma eziandio a qualsivoglia altro acquisto a titolo oneroso: il legatario debb' esser compensato di ciò che la cosa gli è costata, perciocchè l' intenzione del testatore è stata ch' egli la dovesse avere gratuitamente.

In eumdem hominem: il che dee tradursi per *il medesimo individuo*, il medesimo uomo considerato individualmente, e non già la *medesima persona*. In fatti due cause di guadagno possono cumularsi per la medesima cosa nel padrone e nello schiavo, benchè essi non abbiano che una sola e medesima persona giuridica. Così se la medesima cosa sarà lasciata in legato da due testatori al padrone ed al suo schiavo, ciascun legato sarà valido e dovrà ricevere la sua esecuzione indipendentemente dall'altro: questo dipende da un principio, che noi abbiam già accennato (p. 152 n.° 4) e che fra poco avremo l'opportunità di spiegare. Simigliantemente se la cosa che mi è lasciata in legato sia data a titolo di guadagno, per esempio, di donazione, al mio schiavo, quantunque quella tal cosa mi sia acquistata gratuitamente, io potrò sempre coll' azione del testamento chiederne il valore in forza del legato (3). Ed il medesimo sarebbe riguardo al figliuolo di famiglia.

Si aestimationem, agere potest; perciocchè aver ricevuto la valuta non è aver ricevuto la cosa; dunque il beneficio procurato dal testamento eseguito per il primo non nuoce in nulla all' esecuzione del secondo (4).

(1) D. 44. 7. 17. f. Jul.—32. 3.° 21. § 1. f. Paul.— (2) D. 30. 1.° 34. § 7. f. Ulp.—(3) D. 30. 1.° 108. § 1. f. Afric.— La decisione qui pare dipendere da un' altra ragione. — (4) D. 30. 1.° 34. § 2. f. Ulp.—31. 2.° 66. § 1. e seg. f. Pap. — 50. 16. 88. f. Cels.

VII. Ea quoque res quae in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

7. Rettamente si lascia in legato quella cosa, la quale non essendo ancora in natura è per essere nel tempo a venire, come sarebbe a dire i frutti che nasceranno in quel fondo, o quel che nascerà di quella schiava.

Queste cose future non potevano anticamente esser lasciate in legato in altro modo che *per damnationem* (p. 412) (1).

VIII. Si eadem res duobus legata sit, *sive conjunctim, sive disjunctim*, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur veluti si quis dicat. Titio et Seio hominem Stichum do lego; disjunctim ita: Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego. Sed et si expresserit eumdem hominem Stichum aeque disjunctim legatum intelligitur.

8. Se si lascerà in legato una cosa medesima a due persone, *o congiuntamente o separatamente*, se amendue vengono al legato, si divide il legato; ma se l'uno di loro manca perchè non si curi del lascio, o si muoia vivendo il testatore, o venga meno in qualunque altro modo, tutto il legato appartiene all'altro legatario suo compagno. E congiuntamente si lascia il legato quando si dice: A Tizio, e Seio do e lascio l'uomo Stico; separatamente quando si dice: A Tizio do, lascio l'uomo Stico; a Seio do lascio Stico. E quando anche il testatore avesse espressamente detto, il medesimo uomo Stico, il legato del pari s' intende che sia fatto disgiuntamente.

Qui si tratta del dritto di accrescimento tra i collegatari, materia che trovasi mescolata ai paragrafi che trattano delle *cose lasciate in legato*, e che richiederebbe di essere allogata altrove.

Del dritto di accrescimento tra i collegatari.

Rimanendo valido il testamento, puo intervenire che uno dei legati venga meno (V. qui sopra pag. 358). A questo soggetto si presentano tre casi distinti: 1.° Il legato può esser nullo fin dal principio, per esempio, perchè il legatario all' epoca della disposizione era già morto, o incapace. Allora si dice che il legato si ha per non iscritto (*pro non scripto*). 2.° Ovvero, essendo la disposizione per se medesima, e da principio valida, il legatario

(1) Gai. 2. § 203.

può venir meno al suo legato (*deficere*). Questo ha luogo s' egli lo rifiuti ; o se innanzi che il dritto eventuale sia fissato a suo vantaggio (prima del *dies cedit*) sia divenuto incapace , per esempio, s' egli è morto, o ha sofferto la grande o la mezzana diminuzione di capo. Nel qual caso si può dire che il legato è *irritum* inutile, o *destitutum* abbandonato. 3.° Ovvero da ultimo il legato,quantunque valido dal principio , e fissato a vantaggio del legatario all' epoca del *dies cedit*, gli può esser tolto per cagione d'indegnità; ed allora chiamasi *ereptitium* (*quae ut indignis eripiuntur*). Or che diviene de'legati venuti meno a questo modo ? L' ultimo caso è governato da regole particolari. Quì il dritto si è fissato a benefizio del legatario : ciò che a lui vien tolto per indegnità, è generalmente devoluto al fisco. Ma ne' due primi casi il legatario non vi ha mai avuto dritto ; adunque il legato naturalmente , e salvo ogni particolare circostanza, debbe tornare a guadagno dell' erede che n' era gravato : esso era una disposizione messa a suo carico , questa disposizione o è reputata non iscritta , o inutile, ed abbandonata ; egli dunque se ne trova liberato. Non pertanto delle particolari circostanze , o delle speziali disposizioni di legge possono fare che la cosa vada altramente. Le circostanze particolari sono il caso in cui la medesima cosa è stata legata a più persone. Le speziali disposizioni di legge nella successione storica del dritto romano sono la legge PAPIA POPPEA.

In fatti se la medesima cosa sia stata lasciata in legato a più persone , quantunque il legato sia nullo rispetto ad uno di loro , od uno de'legatari venga meno,non vi sono gli altri collegatari che possono raccogliere la cosa che anche ad essi è lasciata in legato ? non dee tornare a guadagno di costoro la nullità del legato , o la mancanza di uno tra loro ? Questa è la quistione che quì abbiamo ad esaminare.

Chiamansi collegatari (*collegatarii*) generalmente tutti coloro, a'quali una cosa medesima è stata lasciata in legato per un medesimo testamento. Or questo può aver luogo , come dice il testo, in due modi: o congiuntamente (*conjunctim*), se vi è una sola e medesima disposizione: « Io lego a Tizio ed a Seio l'uomo Stico, » o disgiuntamente (*disjunctim*),se vi sono nello stesso testamento altrettante disposizioni separate, quanti sono i legatari. « Io lego a Tizio l' uomo Stico ; Io lego a Seio lo stesso uomo Stico, etc. » Sì nell'uno come

nell'altro caso dicesi parimente che i legatari son congiunti, che il legato è fatto a loro congiuntamente (1); ma allora si ha riguardo alla cosa, non già alla disposizione, in fatti in quanto alla cosa essi son sempre congiunti, percioccbè la medesima cosa è stata lasciata a ciascuno. Queste diverse idee trovansi precisate e distinte in altri termini in un' altra classificazione parimente ricevuta da' giureconsulti romani, la quale ci è indicata da Paolo: « Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim *re* per se conjunctio contingit, aut *re et verbis*, aut *verbis tantum* » (2). Son congiunti per la cosa solamente (*re conjuncti*, o *re tantum*, o *re non etiam verbis*) coloro, ai quali la medesima cosa è stata lasciata in legato nel medesimo testamento con disposizioni separate (*disjunctim* o *separatim*). Son congiunti per la cosa e per le parole (*re et verbis*) coloro a'quali la stessa cosa è stata lasciata per una sola e medesima disposizione (*conjunctim*). Da ultimo son congiunti solamente per le parole (*verbis tantum*, o *verbis, non etiam re*) quelli a cui la medesima cosa è stata lasciata ma con indicazione di parti tra loro: per esempio: Lego a Tizio ed a Seio il tal fondo per parti eguali, o a ciascuno per metà, o in qualunque altra proporzione (3). Quì i legatari non sono realmente congiunti nè collegatari; non vi ha che l' apparenza; a dir vero non è lasciata loro una sola e medesima cosa ma più cose distinte e separate: a ciascuno la sua parte. Tuttavia questa spezie di congiunzione non lasciava di produrre un certo effetto sotto la legislazione della legge PAPIA POPPEA.

Per dar lume e chiarezza a ciò che risguarda il dritto di accrescimento, è mestieri seguire la progressione istorica del dritto (4). Tre principali epoche son da distinguere.

1. *Epoca della distinzione de' legati in quattro classi; ma anteriormente alla legge* PAPIA POPPEA. In questo periodo dalla for-

(1) Dig. 32. 3° 80. f. Cels.— (2) D. 50. 16. 142. f. Paul.— (3) « *Re conjuncti videntur, non etiam verbis cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis non etiam re:* Titio et Seio fundum aequis partibus do lego; *quoniam* semper partes habent legatarii. « Dig. 32. 3° 89. f. Paul.—(4) Ved. su quest' argomento le due opere speciali che seguono: HOLTIUS *Analyse* historique du droit d'accroissement entre legataires d'apres le droit romain, les lois de Justinien, et les principales legislations modernes de l'Europe; Liege 1830. 8. inserito da prima sotto forma di dissertazione nella THEMIS t. 9, e 10. — D. HAUTHUILLE: Essai sur le droit d'accroissement, Marseille, 1834 brochure in 8.

mola medesima, e rigorosamente, secondo i termini, e gli effetti di questa formola convien giudicare delle diverse conseguenze del legato, e segnatamente di quella che addomandasi *dritto di accrescimento.* Se si tratta di un legato *per vindicationem* e sia la medesima cosa lasciata in legato a più persone sia *conjunctim*, sia *disjunctim*, l'accrescimento ha luogo: vale a dire, se uno de' legatari venga meno, o il legato sia nullo (*pro non scripto*) rispetto a lui, la sua porzione si accresce al collegatario (1). In fatti quì si tratta di un legato di proprietà; per la medesima formola di siffatto legato tutta quanta la casa appartiene a ciascuno de' legatari, la proprietà ne è stata loro trasferita, a ciascuno per l'intero (*in solidum habuerant*). Di tal fatta è l'interpretazione stretta e rigorosa della formola civile anche nel caso che vi sia stata una sola disposizione. « *Titio et Seio hominem Stichum do lego.* » Se i due collegatari venendo insieme son obbligati a divider la cosa, questo avviene unicamente a cagione del loro concorso (*in solidum habuerant; concursu res divisa est*) (2). Cessando il concorso sia per la nullità del legato rispetto ad uno de'legatari, sia pel venir meno di uno di essi, non dee più alcuna divisione aver luogo: quegli che rimane ritiene la cosa per intero. Di maniera che l'espressione di accrescimento in questo periodo non è veramente esatta; pel legatario che resta solo, piuttosto che dritto di accrescere vi è diritto di non decrescere. Ma la cosa sarebbe altrimenti se i due legatari fossero congiunti solamente di parole: « *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego* » Secondo la medesima formola la proprietà non è stata trasferita a ciascuno per intero, ma sibbene per una parte, quantunque per indiviso; qualunque sia la sorte dell'altra parte; ciò non può modificare il loro dritto.

Se si tratta di un legato *per damnationem*, l'accrescimento non ha mai luogo. In fatti: o il legato della medesima cosa a più persone è stato fatto congiuntamente: *Heres meus fundum Titio et Seio dare damnas esto*; » e cosiffatto legato non ha trasferito a' legatari alcun dritto di proprietà ma solamente un dritto di credito in comune; or è regola generale di dritto che i crediti (*nomina*) che sono in comune a vantaggio, o a carico di più persone si dividono per la loro medesima

(1) Gai. 2. § 199. — Ulp. Reg. 24. § 12.—Vatic. J. R. Fragm. §§ 75. a 88. sul dritto di accrescimento nel legato di usufrutto — (2) Dig. 7. 2. 3. pr. f. Ulp.

natura (1). Tizio e Seio adunque hanno unicamente un'azione contro l'erede, ciascuno per la metà del fondo senza che la sorte dell'una possa aver influenza su quella dell' altra. Il medesimo effetto di divisione che avrebber prodotto relativamente alla proprietà le espressioni *aequis partibus* aggiunte nella formola per *vindicationem*, il medesimo per la natura essenzialmente divisibile dell'obbligazione vien prodotto nel legato *per damnationem*, relativamente al credito che nasce dal legato. Dunque non vi è accrescimento (2): « *Jus accrescendi cessat; non immerito, quoniam damnatio partes facit*, » dicono i frammenti del Vaticano (3). O il legato è stato fatto disgiuntamente: « *Heres meus hominem Stichum Titio dare damnas esto. Heres meus hominem Stichum Seio dare damnas esto*, etc. » Ed in questo caso vi ha tanti crediti quante disposizioni. Stico è dovuto altrettante volte quante è stato lasciato in legato: il concorso non obbliga ad alcuna divisione, o meglio non vi ha concorso, perciocchè non si tratta di proprietà ma di obbligazione; l' erede dovrà dare a ciascun legatario o Stico, o quel ch' egli vale (*singulis solida res debebitur, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem praestare debeat* (4), e ciò, qualunque sia la sorte dell' altro legato. O che vi sia nullità, o mancanza per l'uno de' legati, o no, quei che sussistono non patiscono nè accrescimento, nè decrescimento.

Quanto ai legati *sinendi modo*, e *per praeceptionem*, la cui natura era meno pura e distinta, aveano dato luogo pel dritto di accrescimento, a curiose divergenze di opinioni tra' giureconsulti, le quali sarebbe troppo lungo, e poco utile di quì riferire (5).

II. Sistema introdotto dalla legge JULIA e PAPIA POPPÆA. Noi abbiamo avuto più d'un'occasione di far parola di queste due leggi (la prima delle quali fu trasfusa nella seconda), che procurarono di por riparo con la fiscalità alla depravazione de' costumi, ed alla scarsezza della popolazione legittima de' cittadini (V. *Histoire du droit Rom.* p. 253). Esse modificarono sotto due riguardi il dritto di accrescimento che stiamo esponendo : 1.° Colpendo di un intera, o parziale incapacità di ricevere gli eredi, o legatari celibi

(1) E però secondo la stessa legge delle Dodici Tavole l'azione *familiae erciscundae* non si applicava ai crediti. D. 10. 2. 2. § 5. f. Ulp. — (2) Gai. 2. § 205. — Ulp. Reg. 24 § 13. — (3) Vatic. J. R. Fragm. §§ 85 e 87. — (4) Gai. 2. § 205. — (5) Gai. 2 §§ 215 e 232.

(*coelibes*), o senza figliuoli (*orbi*), e di più prorogando l'epoca dell' adizione e quella del *dies cedit* cioè della fissazione del dritto fino al giorno dell'apertura delle tavole del testamento (qui sopra p. 420), ne avvenne che talune disposizioni, le quali avrebbero dovuto esser valide, ed acquistate all' erede o al legatario secondo il dritto civile, caddero, furon colpite di decadenza dalla legge PAPIA POPPÆA. Questa immagine della disposizione che cade passò come espressione figurata nella lingua tecnica del dritto: si chiamò caduca (da *cadere* cadere) ogni disposizione la quale sebbene valida, e devoluta al chiamato, secondo il dritto civile, cadeva in certa guisa dalle sue mani, dalla sua persona, a cagion della legge PAPIA POPPÆA. Il che Ulpiano positivamente ci dice: » *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo* » (1). L'aggettivo *caducus, a, um* significando una qualità che tanto spesso s' incontrava nelle disposizioni testamentarie, si trasformò in sostantivo, divenne parola consacrata, e la materia de' *caduca* tenne il più largo posto negli scritti de' giureconsulti, e nella preoccupazione de' cittadini. Ma è grave errore l' attribuire questa denominazione di *caduca* a tutti i casi in cui una disposizione testamentaria venisse meno. All' epoca istorica del dritto che stiamo esaminando, erasi appropriata esclusivamente alle decadenze introdotte dalla legge PAPIA POPPEA. Quanto alle decadenze che provenivano dall'antico dritto civile, cioè quanto al caso, in cui la disposizione quantunque valida a principio, dovea cadere perchè il chiamato non compariva ne' termini del dritto civile, la legge PAPIA le sottrasse per la più parte alle regole del dritto antico sull' accrescimento, per sottoporle alle medesime regole che i *caduca*; ed allora di siffatte disposizioni si disse che erano non già *caduca*, ma *in causa caduci* cioè nella condizione delle disposizioni caduche (2). Riguardo alle disposizioni nulle fin dal principio (*pro non scriptis*) la legge PAPIA non vi si applicava, ed esse rimasero soggette alle regole dell' antico dritto sull' accrescimento.

2.° Stabilite così le disposizioni caduche (*caduca*), e quelle che ad esse erano assimigliate (*in causa caduci*) in che modo ne

(1) Ulp. Reg. *de caduc.* § 1. — (2) Cod. 6. 51. *De caduc. tollend.* 1. §§ 2. 4. e 9. const. Justin.

dispose la legge PAPIA? Essa le attribuì non più per esecuzione delle formole del testamento, ma di sua propria autorità, a nuovo titolo e per la forza medesima della legge agli eredi, ed ai legatari compresi nel medesimo testamento, e che aveano figliuoli (*patres*). Le cose caduche tolte agli uni, ed attribuite agli altri erano in un tempo medesimo punizione per la sterilità, e ricompensa per la procreazione legittima. E questo non era un dritto di accrescimento, ma sibbene un novello acquisto: e però il nome consacrato fu quello di *jus caduca vindicandi* dritto di rivendicare le cose caduche. Il qual modo di acquisto fu annoverato tra i modi di acquistare il dominio romano in virtù della legge (*ex lege*) (1).

Ma in qual ordine i padri (*patres*) scritti nel testamento saranno chiamati a reclamare le cose caduche come prezzo della loro paternità? Anche quest' ordine fu segnato della legge: 1.° Da prima i legatari congiunti che aveano figliuoli, prendendo questa parola *congiunti* nel senso letterale, cioè *congiunti in una sola e medesima disposizione*, il che comprende i legatari congiunti *re et verbis* e quelli che son congiunti solamente in apparenza cioè *verbis tantum*, per maniera che si giugne a questo strano risultamento, che il *jus caduca vindicandi* è dato a questi ultimi, mentre non è dato a' legatari congiunti *re tantum* cioè a coloro, a'quali la cosa è stata individualmente legata per intero (2), la quale stravaganza è

(1) « *Lege nobis adquiritur veluti caducum vel ereptorium* (o *ereptitium*) *ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege* XII. *tabularum.* » Ulp. 19. § 17. Si può congetturar da questo frammento che la disposizione tolta per cagione d' indegnità (questo probabilmente si vuol indicare con la parola *ereptorium*, o *ereptitium*) fu attribuita, come le cose caduche ai padri scritti nel medesimo testamento, in ricompensa della loro paternità. — (2) A questo modo si spiega un frammento di Paolo (Dig. 30. *De legatis* 3° 89), il quale parla di siffatta preferenza data dalla legge PAPIA a' legatari congiunti *verbis tantum* sui legatari che non sono congiunti in alcun modo; frammento incomprensibile fino a che si è voluto intenderlo del dritto di accrescimento ordinario tra i collegatarii. Ved. l' *Analyse histor. du droit* d'accroiss. di HOLTIUS da noi citata p. 9. a 19; messa in forma di dissertazione nella THEMIS t. 9. p. 235, e 534. Il senso di questo frammento è oramai incontrastabile in ciò che riguarda l' ammissione de'congiunti *verbis tantum* al dritto di reclamare i *caduca*; ma si può aver difficoltà a vedervi ugualmente l' esclusione de' congiunti *re tantum*. Costoro hanno individualmente nel loro legato la cosa per intero, se un altro, al quale essa sia stata parimente lasciata in legato sia incapace, non dovrebbe la cosa restar sempre per intero a loro, senza dover ricorrere al *jus ca-*

difficile a giustificare, se pur non si voglia dire che qui non si tratta di un dritto di accrescimento risultante dal testamento, ma d'un' attribuzione che la legge medesima fa per ricompensare la paternità, e di un ordine da seguirsi in cosiffatta attribuzione; 2.° In mancanza di legatari congiunti, o se alcuno di loro non ha la paternità, gli eredi che son padri; 3.° In difetto d'erede che abbia tal qualità, i legatari benchè non sieno congiunti in modo alcuno; 4.° E da ultimo in difetto di ogni persona avente figliuoli, il fisco (1). Una costituzione d'Antonino Caracalla mise bentosto il fisco, che non mancava mai, in luogo di qualsivoglia persona. » *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur,* » dice Ulpiano (2). Gli uni son puniti, ma non son più ricompensati gli altri: le nuove leggi caducarie divennero in tutto fiscali. Del resto l'attribuzione de' *caduca* fatta in questa maniera per la legge PAPIA POPPEA essendo una nuova attribuzione non avea luogo di dritto e forzatamente, era lecito di rifiutarla; ma accettata, passava con tutt' i suoi pesi: » *Caduca cum suo onere fiunt* » (3).

La legge PAPIA avea eccettuato dalle sue disposizioni caducarie talune persone, per esempio i discendenti, e gli ascendenti del testatore fino al terzo grado, ai quali avea lasciato per conseguenza il godimento del dritto antico; il che i testi chiamano *jus antiquum in caducis* (4).

III. *Sotto Giustiniano*, le leggi caducarie già abrogate in parte, quanto a' privilegi della paternità nel *jus caduca vindicandi*, da Caracalla, e quanto alle pene del celibato da Costantino (5), sono

duca vindicandi? Checchè sia di ciò si può vedere una stravaganza, ed una difficoltà analoga negli art. 1044, e 1045 del nostro codice civile. (a) — (1) Ved. intorno a ciò Gai. 2. §§ 206 e 207. Questi particolari che ci sono stati rivelati da Gaio sul *jus caduca vindicandi*, e sull'ordine, nel quale questo dritto era dato a' padri son preziosi. Essi danno lume e chiarezza sufficiente a diversi passi mal compresi da' giureconsulti, ed anche da' letterati romani. Essi sono stati ignorati da' nostri grandi interpetri del decimo sesto, e decimo settimo secolo, i quali tutti ebbero avviso che i *caduca* fossero direttamente attribuiti al fisco dalla legge PAPIA. Eineccio, al quale siam debitori di un opera di molto pregio intorno a siffatta legge, è caduto, come gli altri in questo errore. — (2) Ulp. Reg. 17. § 2. — (3) Ivi § 3. — (4) Ulp. Reg. 18. *Habeant jus antiquum in caducis* — Cod. 6. 51. 1. pr. const. Justin.— (5) C. 8. 58. *De infirmandis poenis coelibatus, orbitatis et de decimariis sublatis.*

(a) Artic. 999 e 1000 delle nostre leggi civili.

compiutamente e testualmente abrogate (1). Dall'altro lato la differenza tra le quattro spezie di legati non è più. Adunque il dritto di accrescimento tra i legatari ha mestieri di nuove regole, le quali son contenute nella medesima costituzione che cancella le ultime vestigia delle leggi caducarie (*de caducis tollendis*) (2). Il nostro testo ce ne dà le disposizioni elementari.

L' accrescimento ha luogo in tutt' i legati tra i collegatari a' quali la medesima cosa è stata lasciata sia congiuntamente sia separatamente. A questo modo svaniscono le distinzioni sottili , è vero , ma tanto ingegnosamente analitiche tra le quattro spezie di legati , tra i casi spezialmente in cui il legato produce la proprietà , e quello in cui non produce altro che un' obbligazione. Giustiniano ha decretato che tutti diano l'azione reale ; egli dunque ha adottata la disposizione che riguardava i legati *per vindicationem*, in tutti avrà luogo l' accrescimento. Ma ciò che l' imperadore ha decretato, ben sovente è impossibile ; i legati in un gran numero di casi per la natura medesima della cosa legata , non possono altro che ingenerar solamente un' obbligazione , or un' obbligazione si divide di pieno dritto , ciò non ostante non si avrà a fare alcuna differenza. Lo spirito d' unità rende semplice la legislazione, ma a costo di non tener più conto di quelle dilicate gradazioni e varietà , che si scovrono da un sottile ragionamento (3).

Non però di meno se l' accrescimento ha luogo allorchè la medesima cosa è stata legata tanto congiuntamente , quanto separatamente , esso non ha luogo allo stesso modo. Nel primo caso (tra congiunti *re et verbis*) l' accrescimento è volontario , esso torna a profitto di colui che lo accetta, ma ha luogo con tutt'i suoi carichi, cioè con tutti i pesi che gravavano il legato divenuto caduco : quì l'imperadore segue la legislazione della legge PAPIA. Nel secondo caso al contrario (tra congiunti *re tantum*) l'accrescimento è forzato ma si opera senza alcun peso (4). Da qual' idea di ragionamento si è mai

(1) C. 6. 51. *De caducis tollendis.* — (2) C. 6. 51. *De caducis tollendis.* — (3) Malgrado la disposizione di Giustiniano numerose tracce dell' antico dritto son rimaste ne' frammenti del Digesto per tormento de' comentatori. Segnatamente D. 30, 1.° 16. pr. f. Pomp. . . . . ; 34. § 9. f. Ulp.; 82. § 5. e 84. § 8. f. Jul. — 31. 2.° 7. f. Paul. ; 13. pr. e § 1. f. Pomp.; 89. §. 2. f. Scaev. — 32. 3.° 38. § 2. f. Scaev. — 41. § 9. f. Scaev. e 89. f. Paul. — 33. 2. 14. f. Cels.
(4) C. 6. 51. 1. § 11.

dedotta cosiffatta distinzione ? In quest' epoca non è più quistione di formole , d' effetti rigorosi risultanti da' loro termini sacramentali , le disposizioni s' interpetrano principalmente dall' intenzione del testatore. Or nell' ultimo caso cioè tra congiunti *re tantum*, siccome la cosa è stata lasciata separatamente a ciascuno per intero , in guisa che non vi è un solo legato , ma tanti legati distinti, egli è veramente impossibile , malgrado la sparizione delle formole , di scorgervi un accrescimento ; questa espressione che vi si applica, è al tutto impropria : ciò che ha luogo non è accrescimento , ma non decrescimento, il legato che rimane solo resta come il testatore lo ha fatto, non venendo alcuno ad obbligare il legatario ad una divisione. Al contrario in quanto al primo caso, cioè a quello in cui il legato è stato fatto congiuntamente (*re et verbis*) vi è una sola , e medesima disposizione, i legatari sono stati in certa guisa associati dal testatore in un dritto per indiviso: in conseguenza Giustiniano riguarda la mancanza di uno de' legatari come quella che da luogo ad un vero accrescimento , venendo la parte dell' uno a congiugnersi a quella dell' altro. Se i legatari son congiunti *verbis tantum*, essi non sono realmente collegatari della medesima cosa , e però non può aver luogo alcuno accrescimento. Almeno questa è l'opinione che noi adottiamo , eziandio per la legislazione di Giustiniano (1).

Poco importa che il legatario , a vantaggio del quale dee operarsi l' accrescimento viva ancora , o sia già morto al momento che quest' accrescimento sopravviene ; purchè egli sia morto dopo che s' è fissato a suo vantaggio il dritto eventuale al legato (dopo il *dies cedit*) , ed in conseguenza dopo ch' egli ha trasmesso il suo dritto a' suoi eredi, questi profitteranno dell' accrescimento, » *Quia retro accrevisse dominium ei videtur* » , dice Ulpiano (2). Ecco perchè si dice talvolta , che la parte del mancante si accresce non alla persona , ma alla parte. Espressione al tutto inesatta , se s' intenda

(1) Non può sotto Giustiniano esser quistione del dritto di preferenza che loro è conceduto dalla legge PAPIA, e malamente se n' è lasciato un vestigio in un frammento messo nel digesto (V. qui sopra p. 436. nota 2). Non per tanto anche tra i moderni interpetri pensano alcuni che Giustiniano abbia dato a questi *conjuncti verbis tantum* il dritto di accrescimento, come aveano per la legge PAPIA il *jus caduca vindicandi*. — (2) D. 9. 2. 17. § 1. f. Ulp. ; 34. f. Marcel. 55. f. Ulp. — Un frammento di Giuliano (Dig. 35. 1. 26. § 1. dà un esempio de' casi ne' quali questo può accadere.

nel senso che sia mestieri che questa parte sussista ancora. L' esistenza della parte non è materialmente necessaria più che quella della persona. Quantunque la parte già ricevuta dal legatario, di danaro, di olio, di vino, di bestiame, di animali, di schiavi, di terreno, o di altro qualsivoglia oggetto sia stata consumata, distrutta, o non esista più per una ragione qualunque al momento che si effettua l' accrescimento, ciò non impedisce che l' accrescimento abbia luogo (1). Che anzi supponiamo che si tratti, per esempio, d'una casa, o di un podere, e che la parte di questo podere raccolta dal legatario morto sia stata venduta ad un terzo prima dell' accrescimento, quando l'accrescimento avrà luogo, questo non si farà alla porzione del podere tra le mani del terzo, ma sarà a guadagno degli eredi che rappresentano il legatario premorto. La parte adunque non si accresce alla parte, materialmente parlando; neppure si accresce all' individuo fisico, corporale che è morto, ma sibbene alla persona giuridica, a quella che non si distrugge per la morte, ma si continua dagli eredi. Essa si accresce, se così meglio si ami dire, alla parte giuridica considerata in astratto come dritto, come cosa incorporale deferita dal legato, ed annessa alla persona giuridica.

Se vi sono più collegatari la parte di colui che manca si accresce agli altri in proporzione della parte di ciascuno (2). E se si trovano nel tempo medesimo de' collegatari *re tantum* e degli altri *re et verbis*, questi son preferiti tra loro. A cagione d' esempio se si è lasciato in legato un podere a 1.° separatamente, a (2.°, e 3.° congiuntamente) a (4.°, 5.°, e 6.° anche congiuntamente) questi sono come tre legati distinti, il podere debb' esser diviso in tre parti, salvo la suddivisione per capi nelle disposizioni che comprendono più collegatari. Se qualcuno de' legatari venga a mancare, l'accre-

(1) Ved. un applicazione pel caso di legato di usufrutto: D. 7. 1. 33. § 1. f. Papin.; e 7. 2. 10. f. Ulp. — Secondo noi non è questa un' eccezione particolare al caso di usufrutto, come dice il nostro collega DUCAURROY (*Inst. expliq.* t. 2. p. 234. nota 1.), ma una regola generale. — L' accrescimento in materia di usufrutto ha delle altre particolarità: così morto l' uno de' legatari anche dopo il *dies cedit* o dopo l' esercizio del suo godimento, i suoi eredi non hanno più alcun diritto: inoltre la sua parte in luogo di far ritorno alla proprietà si accresce a' suoi collegatari sopravviventi. (Ved. quì sopra pag. 156). — (2) D. 31. 2.° 41. pr. f. Javol.

scimento si fa da prima in ciascuna disposizione, ed in seguito dall' una all' altra, se alcuna di esse venga a mancare in tutto.

Continuazione : Delle cose che si possono lasciare in legato.

IX. Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem detracto usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat: recte eum agere *et fundum petere* Julianus ait, *quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet*; sed *officio judicis contineri*, ut, deducto usufructu, jubeat aestimationem praestari.

9. Se sarà lasciato in legato ad alcuno l'altrui fondo, ed il legatario comprì la nuda proprietà di quel fondo lasciando l' usufrutto, e quest' usufrutto gli pervenga di poi, Giuliano dice che egli può rettamente intentare l' azione del testamento, e *domandare il fondo*, perciocchè nella petizione l' usufrutto *è in luogo* di servitù, ma *appartiene all'ufficio del Giudice* di comandare all' erede che dia al legatario la sua valuta, fatta deduzione dell' usufrutto.

Et fundum petere. Egli dee domandare il fondo quantunque ne sia proprietario, e non già il prezzo che gli è costata la nuda proprietà, perchè la cosa che gli si è lasciata in legato è il fondo.

Ma domandando il fondo non domanderà egli più di quel che gli è dovuto? perocchè egli ha acquistato a titolo oneroso solo la nuda proprietà, l'usufrutto gli è venuto gratuitamente, e non può per questo riguardo pretendere alcun compenso: se egli domanda il fondo senza dire che si debba far deduzione dell' usufrutto, non vi sarà eccesso nella sua domanda e per conseguente non dovrà egli in conformità de' principi del dritto romano decadere dalla sua azione per aver domandato più di quel che gli si dovea (1)? Su tale quistione Giuliano risponde che no.

Quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet. Questa è la ragione della sua risposta. La domanda d' un fondo s' intende sempre fatta, ancorachè non si dica, deducendone le servitù che gravano esso fondo, medesimamente quì si riputerà fatta, con deduzione dell' usufrutto che è venuto gratuitamente. Se la parola *fundus* dinota ordinariamente la proprietà piena ed intera, ciò s' intende sempre tranne le servitù: or l' usufrutto è una servitù; dall' altro lato *fundus* si adopera talvolta per dire la nuda proprietà:

(1) Inst. 4. 6. 33.

» *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum ususfructus alienus est: quia ususfructus non dominii pars sed servitutis sit, ut via et iter* » dice Paolo (1). Or quando nell' *intentio* della domanda vi è una parola dubbiosa si dee sempre interpetrare d'una maniera favorevole all' attore : » *Si quis intentione ambigua, vel oratione usus est, id quod utilius ei, accipiendum est* (2) ».

Officio judicis contineri : il legatario domanda in conformità della disposizione testamentaria per l' azione *ex testamento* la cosa legata ; ma il giudice non dee comandare che gli sia data in natura essendochè il legatario già ne è proprietario e possessore. Si tratta solo di pronunziare una condanna ad una somma equivalente. Or questa condanna nella nostra ipotesi comprenderà la valuta del fondo, fatta deduzione dell' usufrutto (3).

X. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest; et *licet alienaverit eam* non debetur nec ipsa, nec aestimatio ejus.

10. Se alcuno lascerà in legato la cosa medesima del legatario, il legato è inutile, percioсchè quel che è suo proprio non può esser più suo di quel che è, e *quantunque egli l' abbia alienata*, per questo non gli è dovuta nè la cosa nè il prezzo.

Licet alienaverit eam : questa è un applicazione della regola Catoniana ; siccome il legato dal principio è stato invalido, inutilmente il legatario aliena la sua cosa dopo che è fatto il testamento. Abbiamo la medesima decisione in un frammento di Ulpiano nel Digesto (4). Non per tanto un altro frammento di Celso presenta questo caso precisamente come uno di quelli ne' quali la Regola Catoniana non dovrebbe avere effetto (5).

XI. Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum : nam *plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione*. Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

11. Se alcuno lascerà la cosa sua quasi come fosse d'un'altro, il legato vale; perciocchè *nella realtà, vi è più che non è nella sua opinione*. E eziandio se egli si pensò che quella tal cosa fosse del legatario, il legato vale, perciocchè la volontà del morto può aver la sua esecuzione.

(1) D. 50. 16. 25. pr. f. Paul. — (2) D. 5. 1. 66. f. Ulp. — (3) D. 30. 1° 82. § 2. f. Julian. — (4) D. 30. 1° 41. § 2. f. Ulp. — (5) D. 34. 7. 1. § 2. f. Cels.

Plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Generalmente si è sempre riguardato questo aforismo come una regola di dritto, la quale significherebbe che debbe aversi più riguardo alla realtà che all' opinione. Siffatta regola sarebbe ben lungi dall' essere esatta. A noi pare che il testo non dica altro se non che essendo, nella spezie, la realtà anche al di sopra di ciò che opina testatore, vale a dire, essendo il testatore proprietario della cosa, quando crede di non esserne proprietario, il legato debba esser mantenuto *a fortiori*: perciocchè se egli ha voluto lasciare una cosa credendo di non esserne proprietario, a più forte ragione convien dire che il voglia quando si trova in una posizione più favorevole (1). E però noi troveremo nel Digesto de' casi inversi, in cui i giureconsulti ci diranno al contrario: *Plus est in opinione quam in veritate* (2). Il che ha luogo principalmente quando il testatore ha lasciata la cosa altrui credendo di esserne egli proprietario; nel suo pensiero egli ha creduto di aver più dritto che infatti non avea, dal che si può dubitare ch' egli non avrebbe fatto il legato, se avesse conosciuto la realtà: e però noi abbiam veduto quì sopra (pag. 427) che basta in questo caso il suo errore per render nullo il legato. Dunque le espressioni *plus est in veritate* . . . etc. a noi pare che più frequentemente non esprimano altro che un fatto esistente in ciascuna spezie particolare, e dal quale si deducono delle conseguenze diverse secondo i casi; ma non già una regola di dritto.

XII. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, *si non adimendi animo vendidit*, nihilominus deberi, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt eum, qui post testamentum factum praedia quae legata erant

12. Se il testatore lascerà in legato la cosa sua, e dopo l'alieni, Celso pensa che *s'egli l'ha venduta non con animo di torla al legatario*, quella tal cosa si debba al legatario, e così rescrissero i divini Severo ed Antonino, ed i medesimi rescrissero che colui il quale dopo aver

(1) Il senso, come noi lo intendiamo, è manifesto nella seguente legge: D. 22. 6. 6. § 4. f. Paul. — Ed ancora: 40. 2. 4. § 1. f. Julian. — (2) D. 29. 2. 15. f. Ulp. Quì l'erede del quale si tratta si crede più legato che in fatti non è, e ciò basta perchè egli non possa validamente ripudiare l' eredità. Tuttavia nel frammento di Paolo: D. 41. 4. 2. § 15. f. Paul. la frase *Ut hic plus sit in re quam in existimatione* è presa in questo senso, che in questa specie la realtà dee prevalere all' opinione. — Il frammento: D. 47. 10. 18. §§ 3. e seg. ci mostra dei casi, ne' quali quando alla realtà, e quando all'opinione deesi maggiormente aver riguardo.

pignori dedit, *ademisse legatum non videri*, et ideo legatarium cum herede agere posse, ut praedia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatae alienaverit, pars quae non est alienata omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

fatto il suo testamento abbia impegnato que' poderi che avea lasciati in legato non pare, abbia animo di torli al legatario, e però questi potrà obbligare l' erede a riscattare i poderi. Ma se alcuno avrà alienato parte della cosa lasciata, la parte che non è alienata si debbe in ogni modo, e la parte alienata si debbe solamente quando *sia stata* alienata con animo di non torla al legatario.

La ragion di metodo vorrebbe che questo testo fosse piuttosto allogato sotto il titolo della rivocazione de' legati. In fatti questa rivocazione anche sotto l' impero del dritto civile puro poteva aver luogo non solo espressamente per una formola contraria a quella che avea costituito il legato, ma eziandio indirettamente come conseguenza di fatti che avessero distrutta la disposizione, per esempio se il testatore l' avesse cancellata, ovvero avesse ridotta la cosa a tale da non poter essere l' oggetto del legato. La giurisprudenza, ed il dritto pretorio più larghi che il dritto civile aveano eziandio ammesso che i fatti, i quali indicassero abbastanza il mutamento di volontà del testatore potrebbero produrre la rivocazione del legato almeno per via d' eccezione. Or qui si tratta di valutare sotto questo rispetto l' effetto dell' alienazione o dell' ipoteca della cosa legata che il testatore dopo fatto il legato abbia costituita.

Si non adimendi animo vendidit: noi sappiamo da Gaio che questo avviso di Celso non era conforme all' opinione generale. Quanto al legato *per vindicationem* non era possibile alcun dubbio; esso era sempre rivocato per l' alienazione della cosa legata, perciocchè quella tal cosa cessando di appartenere al testatore cessava di poter essere l' oggetto del legato. Quanto al legato per *damnationem* l' opinione generale era che trovavasi eziandio rivocato (*plerique putant*, etc.) non per dritto civile in se medesimo, ma per via d' eccezione, e che il legatario venendo a domandarlo poteva esser ributtato per l' eccezione di dolo (1). Giustiniano ha adottata l' opinione contraria, che è quella di Celso, confermata da un rescritto di Severo e di Antonino. In fatti potendosi validamente lega-

(1) Gai. 2. §. 198.

re la cosa altrui, non l'alienazione in se medesima può rivocare il legato, ma sibbene il cambiamento di volontà che per tale alienazione si manifesta. Se non vi è questo cambiamento di volontà non vi ha rivocazione (1). La ricompra della cosa non fa rivivere il legato, salvochè il legatario non provi d esservi intervenuta una nuova volontà del testatore (2).

Ademisse legatum non videri. Non vi è rivocazione se il testatore ha impegnata la cosa, e neppure se l'ha data in fiducia, secondo l'antica usanza (3). Infatti per l'ipoteca, o pel pegno il testatore non perde la proprietà, e d' altra parte cotali pegni evidentemente son contratti per necessità, e però non dinotano alcuna intenzione di rivocare il legato.

XIII. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est et neque ab herede ejus *potest heres petere*, neque ab alio, qui heredis loco est, sed et potest a debitore conveniri, *ut liberet eum*. Potest autem quis *vel ad tempus* jubere ne heres petat.

13. Se un creditore lega al suo debitore la liberazione del suo debito, il legato vale, e l'*erede del testatore non può chiedere* il credito all'erede del debitore, o ad altri che sia in luogo di erede; ma può ben esser richiesto dal debitore *che lo liberi*. Può alcuno comandar che l'erede non domandi *fino ad un certo tempo*.

Quì si tratta del legato di *liberazione*, materia sulla quale troviamo nel Digesto un titolo speciale (4). O che il testatore abbia detto: Io lascio al tal debitore la sua liberazione (*liberationem legare*); ovvero, io vieto al mio erede di domandargli il pagamento (*heredem damnare ne petat*); ovvero, io lascio al tal debitore ciò ch' egli mi deve (*debitoribus ea quae debent legare*): l' effetto è il medesimo; vi è legato di liberazione (5). Potrebbesi dire con sottigliezza che lasciare al debitore ciò ch' egli deve è lasciargli una cosa che gli appartiene, e che per conseguenza il legato non debba esser valido. Ma qualunque si fosse ne' tempi andati il dubbio fatto sorgere da cotale obbiezione, egli è certo che i giureconsulti non vi si arrestarono gran fatto: » *Debitoribus ea quae debent recte legantur*, dice

(1) Se l' alienazione fosse stata fatta per necessità (*necessitate urgente*) apparterrebbe agli eredi di provare l'intenzione di rivocare. Dig. 32. 11. § 12. f. Ulp. — Sarebbe altramente se fosse stata fatta senza niuna necessità, per esempio, per donazione: D. 34. 4. 18. f. Mod. — (2) Ivi 15. f. Paul. — (3) Paul. Sent. 3. 6 § 16. — C. 6. 37. 3. const. Sever. ed Ant. — (4) D. 34. 3. *De liberatione legata*. — (5) Ved. diverse formole di questo legato: D. 34. 3.

Ulpiano, *licet domini eorum sint* (1) »; ed altrove il medesimo giureconsulto: » *Liberationem debitori posse legare jam certum est* (2) ».

Il legato di liberazione riceve da' principi del dritto romano sull' estinzione delle obbligazioni un carattere tutto particolare. Il legato non è un mezzo riconosciuto dal dritto civile per estinguere le obbligazioni; in conseguenza il debitore malgrado la disposizione fatta in suo favore, resta sempre obbligato secondo il dritto civile; l' erede potrà sempre convenirlo, ma il debitore avrà per respingere quest' azione un' eccezione di dolo. In questo senso debbono intendersi quelle espressioni del testo: *Neque potest heres petere*. Non pertanto in questo modo il legatario è a discrezione dell'erede, ed essendo sempre esposto agli attacchi dell' azione di lui non ha ottenuto ciò che il testatore voleva procurargli cioè la sua liberazione. E però egli potrà in virtù del testamento mediante l' azione *ex testamento* astringere l' erede a liberarlo, ed estinguere la sua obbligazione con un modo d' estinzione conforme al dritto civile, cioè con una semplice convenzione, col solo consentimento, se si tratta di un obbligazione contratta in questo modo (V. qui appresso *l.* 3 tit. 29 § 4); e nel caso contrario con l' accettilazione (Ivi §§ 1. e 2). Questo dice il nostro testo con quelle espressioni: *Potest a debitore conveniri ut liberet eum*. L' alternativa trovasi espressa laconicamente da Ulpiano in questi termini: » *Sive a me petatur, exceptione uti possum; sive non petatur, possum agere ut liberer per acceptilationem* (3) », e Paolo dice ancora con più precisione: » *Potest uti exceptione doli mali debitor, et agere ex testamento* (4) ».

(1) D. 34. 3. 1. pr. f. Ulp.— (2) D. 44. 4. *De doli mali except.* 8. § 1. f. Paul.—(3) D. 34. 3. 3. § 3. f. Ulp.—Ulpiano aggiugne che vi ha de'casi in cui il debitore non potrà farsi liberare per accettilazione, ma solamente per un patto: per esempio se son due condebitori solidali, ed il legato sia stato fatto in favore di un solo, perciocchè l' accettilazione fatta a riguardo di costui estinguerebbe medesimamente il debito riguardo all' altro. Ma che guadagnerà il debitore con questo patto di liberazione? Un patto non estingue l'azione, ma dà semplicemente un' eccezione, ed il debitore ne avea già una in virtù del testamento. Il guadagno sta in ciò che, intervenuto una volta il patto, il suo dritto sarà meglio assicurato: non avrà più a temere alcuna contestazione nè sulla validità del suo legato, nè su quella del codicillo nel quale per avventura si fosse fatto il legato, nè sulla riduzione della legge Falcidia, nè sopra qualsivoglia altro punto. Egli invocherà il patto, e non già il legato. — (4) D. 44. 4. 8. § 1. f. Paul.

Il legato di liberazione può esser fatto anche indirettamente, per esempio lasciando in legato al debitore il titolo della sua obbligazione (*chirographum*): e varrà in questo caso almeno come fedecommesso (1). Noi troviamo ne' frammenti de' giureconsulti un gran numero di formole di somiglianti legati, i quali ci provano essersi lasciata la massima latitudine nelle loro espressioni (2).

Del rimanente il legato di liberazione può applicarsi a ciò che il debitore deve sia al testatore medesimo, o all'erede, sia eziandio ad un terzo (3); l'erede è tenuto di liberarlo nel primo caso, e di procurargli la sua liberazione nell'ultimo.

Vel ad tempus: il legatario in questo caso non ha il dritto di farsi liberare, egli ha semplicemente un'eccezione *doli mali* dilatorio, ogni qual volta sia convenuto innanzi che sia decorso il tempo stabilito.

XIV. Ex contrario si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem. Quod si vivo testatore dies venerit aut conditio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit. Quod et verum est: non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest.

14. E per il contrario se il debitore lascerà in legato quel ch'egli deve al suo creditore, il legato è inutile se nel legato non è più che nel debito, perciocchè per il legato egli non ha nulla di più. Ma se gli lascerà puramente e semplicemente il debito che era determinatamente pattuito di pagargli per un certo dì, o sotto condizione, il legato è valido perchè la scadenza del debito si trova anticipata. Ma se vivendo il testatore verrà il dì posto, o s'adempirà la condizione? Papiniano scrisse che il legato vale perchè da principio è stato valido, la qual cosa è vera. E non piacque l'opinione di coloro, i quali dicevano che il legato era estinto essendo venuto a quel termine dal quale non poteva aver principio.

Legare ad un creditore ciò che gli si deve senza aggiungervi un qualsivoglia vantaggio, non è fargli una liberalità; non vi è dunque legato (p. 410). Ma sotto Giustiniano, siccome il legato dà non solamente l'azione personale, ma eziandio l'azione reale ed ipotecaria, sarà cosa ben rara che il legato non sia più vantaggioso del credito.

(1) D. 34. 3. 3. §§ 1. e 2. f. Ulp. — (2) D. 34. 3. 9. f. Ulp.; 12. f. Jul.; 16. f. Paul.; 19 e 20. f. Mod.; 22. f. Papin.; 25. f. Paul.; 28. e 31. f. Scaev. — D. 34. 3. 8. pr. f. Pompon.

XV. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia *plenius est legatum quam de dote actio*. Sed si quam non acceperit dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero *certa pecunia* vel *certum corpus*, aut *instrumentum dotis* in praelegando demonstrata sunt, valere legatum.

15. Se il marito lascerà alla moglie in legato la dote, il legato vale perchè l'azione del legato è *più piena che quella della dote*. Ma se egli lascerà in legato quella dote che non ha ricevuta, i divini Severo ed Antonino rescrissero che se avrà semplicemente lasciato, il legato non vale; Ma s' egli avrà fatta menzione *di una certa quantità, di un certo oggetto, o di una tal somma che si contenga nell' istrumento dotale*, il legato vale.

Plenius est legatum quam de dote actio: l' azione di dote (*rei uxoriae actio*) lasciava sì al marito, e sì a' suoi eredi obbligati di restituirla talune agevolazioni per la restituzione, e di più una dilazione per le cose fungibili; o talune ritenute a farsi, per esempio quella delle spese utili fatte sui beni dotali, dritto che più innanzi avremo oocasione di esporre (V. qui appresso lib. 4 tit. 6 § 29), le quali cose il legato affatto non comportava. Adunque era vantaggioso per la moglie richiedere la sua dote per l'azione *ex testamento* in virtù del legato che gliene avesse fatto il marito. E però si vede che il legato della dote fu frequentemente in uso appresso i Romani, e l' espressione di *dos praelegata* era a ciò consacrata (1).

Certa pecunia, certum corpus. Dicendo » io lego a mia moglie ciò ch' ella mi ha recato in dote «, se non ha recato nulla, è evidente che non vi ha legato. Ma se il testatore ha detto: Io lego a mia moglie cento soldi d' oro, ovvero tali schiavi, o tali poderi *ch' ella mi ha recati in dote* », quantunque non abbia recato nulla, il legato è valido, perciocchè le parole *ch' ella mi ha recati in dote*, sono una falsa dimostrazione, una falsa qualificazione, la quale non vizia la liberalità (2).

Instrumentum dotis. Non basta che il testatore abbia detto *l' atto dotale*, perciocchè non essendovi stata dote non vi è stato atto, e per conseguenza non si otterrebbe nulla. Ma la cosa va altrimente se ha detto *tali* somme, o *tali* oggetti contenuti nell' atto dotale: questo dunque è il senso del nostro testo.

(1) V. al Dig. un titolo speciale su questa materia 33. 4. *De dote praelegata*. — (2) C. 6. 44. 3. const. Diocl. e Maxim. — D. 34. 3. 25. Paul.

Praelegando : L' espressione *praelegare dotem* era , come noi abbiam veduto , consacrata, probabilmente perchè cosiffatto legato conferiva il dritto di ottenere la dote *prae* anticipatamente , cioè prima del termine conceduto per la sua restituzione.

PERDITA , ACCRESCIMENTO, O DIMINUZIONI DELLA COSA LEGATA.

I principi che dominano e dan lume a tutta questa materia son quelli del *dies cedit*.

XVI. Si res legata *sine facto heredis perierit legatario decedit*. Et si servus alienus legatus sine facto heredis *manumissus fuerit*, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, *nec interest scierit,an ignoraverit* a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is, cui donatus est , eum manumiserit, tenetur heres,*quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.*

16. Se la cosa legata perisce *senza colpa dell'erede , il danno è del legatario.* E se l'altrui schiavo lasciato in legato *sarà fatto libero* senza il fatto dell' erede , egli non è tenuto. Ma se sarà stato lasciato in legato lo schiavo dell'erede, ed egli lo abbia fatto libero, Giuliano scrisse ch'egli è tenuto, *e non importa che l'erede abbia saputo , o non saputo* che il testatore lo avesse lasciato in legato a suo carico. Ed eziandio se l' erede l' abbia donato ad un'altro , e questi l' abbia fatto libero , è tenuto , *quantunque non sapesseessere stato legato a suo carico.*

Sine facto heredis : Non si è detto *senza la colpa* , ma *senza il fatto* dell' erede ; perciocchè il semplice fatto sarebbe sufficiente a mantenere la sua obbligazione verso il legatario , come apparisce dalla fine del paragrafo. Se ciò avvenga non pel fatto dell' erede , ma per quello del suo schiavo , l' erede è tenuto d' un' azione *noxale* (1).

Legatario decedit. Poco importa che ciò sia prima del *dies cedit* o dopo, o anche posteriormente al *dies venit*. Se prima del *dies cedit*, il legato non avendo più oggetto svanisce: il legatario non vi ha mai avuto dritto; egli non può neppure domandare gli avanzi , o gli accessori della cosa (2).Se dopo il *dies cedit*, o anche dopo il *dies venit*, o che il legatario per l' effetto del legato sia semplicemente credito-

(1) D. 30. 1.° 48. pr. f. Pomp. — (2) D. 31. 2.° 49. pr. f. Paul. — D. 32. 3.° 88. § 2. f. Paul.

re, o che sia di già proprietario della cosa legata, i suoi dritti di proprietà periscono per mancanza di oggetto, ma sussistono in quanto agli avanzi, ed accessori. Ben inteso che il testatore è rimasto libero di fare in vita, tutto ciò che gli è piaciuto, della sua cosa, e che se essa è perita in quest' epoca per colpa di chicchessia, il legatario non acquista per ciò alcun azione d' indennità perciocchè il suo dritto non è mai esistito.

Manumissus fuerit: lo schiavo fatto libero è uscito dalla classe delle cose che sono in commercio, e però il legato, o l' obbligazione ch' esso ha prodotta svanisce per mancanza di oggetto.

Nec interest scierit, an ignoraverit perchè il semplice fatto dell' erede basta per mantenere l'obbligazione prodotta dal legato (1).

XVII. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillae mortuae fuerint partus legato cedunt. Idem est et si ordinarii *servi cum vicariis* legati fuerint, et licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato et peculii legatum extinguitur. Idem est si legatus *fundus instructus vel cum instrumento* fuerit: nam fundo alienato, et instrumenti legatum extinguitur.

17. Se alcuno lascerà in legato le schiave con i figliuoli, quantunque le schiave vengano a morte, il legato vale quanto a' figliuoli. Il medesimo si dice se saranno lasciati in legato gli schiavi *ordinari* insieme co' *vicari*, perchè se gli ordinari vengono a morte, il legato vale quanto a' vicari. Ma se sarà lasciato lo schiavo col suo peculio, morto lo schiavo, o liberato, o alienato, il legato in quanto al peculio eziandio si estingue. Il medesimo si dice del fondo legato *con i suoi strumenti*, perciocchè alienato il fondo, il legato in quanto agli strumenti del pari si estingue.

Se il legato comprende più oggetti distinti e separati, la perdita di uno non trae seco l'estinzione del legato riguardo agli altri. Per contrario la perdita dell' oggetto principale estingue il legato relativamente a tutto ciò che è considerato come accessorio di quest' oggetto. Il nostro paragrafo fa l' applicazione di siffatto principio: il figliuolo non è l'accessorio di sua madre, nè lo schiavo vicario l'accessorio dello schiavo ordinario; il peculio al contrario è l' accessorio dello schiavo (2); gli strumenti son l' accessorio del fondo a cui son destinati (3).

(1) D. 36. 1. 25. § 2. f. Jul. — (2) Il Digesto contiene un titolo speciale sul legato del peculio: D. 33. 8. *De peculio legato*.— (3) Similmente pel legato di un fondo fornito di strumenti, o con i suoi strumenti: D. 33. 7. *De instructo vel instrumento legato*.

Ordinarii servi cum vicariis: Regolarmente chiamasi servo ordinario colui che nel servizio del padrone è stato specialmente proposto ad un uficio qualunque: cuoco (*coquus*), fornaio (*pistor*), calzolajo (*sutor*), barbiere (*tonsor*), agente (*actor*); quelli poi che sono stati messi a sua disposizione, o comprati da lui sia per aiutarlo nel suo impiego, sia per supplirlo ove faccia mestieri, son suoi *vicari*. I vicari faceano parte del peculio dello schiavo ordinario; ond' è venuto un senso più generale per la denominazione di vicario, ed in fine si è adoperata a significare ogni schiavo posto nel peculio di un altro (t. I. p. 222). Nondimeno il legato d'uno schiavo col suo vicario, benchè quest'ultimo sia nel peculio di un altro, si è riguardato come il legato di due uomini distinti, e non di un uomo col suo accessorio, *propter dignitatem hominum*, dicono i giureconsulti romani (1).

Fundus instructus vel cum instrumento: secondo Labeone non vi ha distinzione a fare tra queste due espressioni (2). Ma Sabino espose una opinione la quale venne acquistando ogni dì più credito e valore (*quam sententiam quotidie increscere, et invalescere videmus*, dice Ulpiano): il fondo fornito (*fundus instructus*) contiene più che il fondo con i suoi istrumenti (*cum instrumento*). Nel primo caso s'intende il fondo fornito, come trovasi, senza far distinzione di ciò che serve alla coltura, da ciò che è destinato al diletto, o all' utilità delle persone che l' abitano, come le tavole di marmo, i libri, le biblioteche: per modo che si reputa avere il testatore lasciato in legato non tanto l' *instrumentum* del campo, quanto il suo proprio *instrumentum*. Per contrario nel secondo caso si comprende nel legato semplicemente l' *instrumentum* del campo, cioè tutto ciò che serve alla sua coltivazione (3). Secondo Paolo, se il testatore ha detto *fundum et instrumentum* si avranno due legati distinti; e però la perdita del fondo non trarrà seco quella del legato dell' *instrumentum* (4).

XVIII. Si grex legatus fuerit, *postea-que ad unam ovem pervenerit*, quod

18. Se sarà lasciato il gregge, il quale *venga poi a ridursi ad una pecora*

(1) D. 21. 1. 44. pr. f. Paul. — 33. 8. 15. f. Alf. Var.; 16. f. Afric.; 25. f. Cels. — Inst. 4. 7. § 4. — (2) D. 33. 7. 5. f. Labeon. — (3) Ivi 12. §§ 27. e seg. f. Ulp.; e 16. f. Alfen. — Paul. Sent. 3. 6. §§ 35. e seg. — (4) D. 33. 7. 5. — Del resto il senso latino della parola *instrumentum* non ha l' equivalente in francese.

superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves quae *post testamentum factum* gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait; est enim gregis *unum corpus* ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est, ex cohaerentibus lapidibus.

solamente, si può domandare questa pecora rimasta. E lasciato il gregge in legato, tutte quelle pecore, che nascono *dopo fatto il testamento*, s' intendono essere nel numero del gregge, ed esser dovute al legatario, siccome scrisse Giuliano; perciocchè il gregge è *un corpo* che consiste di diversi capi divisi tra essi, siccome la casa è un corpo che consiste di diverse pietre congiunte insieme tra esse.

Ad unam ovem pervenerit: Quantunque non si possa più realmente dire che esiste il gregge (*quamvis grex desisset esse*); similmente se la casa lasciata in legato è incendiata, o rovinata, il legato sussisterà quanto al suolo (1). Diversamente sarebbe a dire dell' usufrutto, come già abbiam veduto (pag.156), perciocchè il diritto d' usufrutto esiste sulla cosa considerata nella sua maniera principale di essere, che si è avuta in vista quando il diritto si è stabilito, e non negli elementi materiali che la compongono.

Post testamentum factum. Il gregge è una sorta d' universalità capace di ricevere accrescimento, o diminuzione negli oggetti individuali che lo compongono. L' epoca da considerare per determinare i diritti del legatario è quì come altrove, quella del *dies cedit*: in questo momento il dritto eventuale del legatario rimane fissato, e determinato relativamente alle cose, ed alle persone: adunque il legato cade sul gregge tal quale in quel momento si trova (pag.421).

XIX. Aedibus denique legatis, columnas et marmora, quae *post testamentum factum* adjecta sunt legato (*dicimus*) cedere.

19. Finalmente essendo lasciate in legato le case, diciamo che al legato cedono le colonne ed i marmi che *dopo fatto il testamento*, vi sono stati aggiunti.

Post testamentum factum: fino al *dies cedit*. Sempre il medesimo principio.

XX. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro, vel

20. Se sarà lasciato il peculio, ciò che è aggiunto, o menomato al peculio, vivendo il testatore è a guadagno,

(1) D. 30. 1.° 22. f. Pomp.

damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem servus acquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne, quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia dies hujus legati ab adita hereditate cedit; sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi *ex rebus peculiaribus* auctum fuerit. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis si vivus manumiserit, sufficit si non adimatur; *et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt*, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniae, quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt, *peculium videri legatum*, cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliquas inferre.

o a danno del legatario. E se lo schiavo dopo la morte del testatore innanzi che si facesse l'adizione, avrà fatto acquisto di qualche cosa, disse Giuliano, che se il peculio sarà lasciato allo schiavo fatto libero nel testamento, quel tutto ch' egli si acquistò innanzi che l'adizione si facesse, debba cedere al legatario, perciocchè per siffatto legato il dritto si fissa al tempo dell'adizione dell' eredità; ma se il peculio sarà stato lasciato ad estranea persona, questa non profitta dell' aumento, salvochè quest' aumento non provenga *dalle cose medesime del peculio*. Il peculio poi non si aspetta allo schiavo fatto libero, se non gli vien lasciato in legato, mentrechè se sarà stato liberato, vivendo il testatore, riceve il peculio insieme con la libertà, se pure non gli fosse spezialmente levato, e *così rescrissero i divini Severo ed Antonino. I medesimi rescrissero* che essendo lasciato il peculio in legato, non s' intende che sia lasciato allo schiavo il dritto di chiedere quel tanto ch'egli spese pel suo padrone. E rescrissero i medesimi *che si riputerà legato il peculio*, se fu comandato che il servo fosse libero dopo aver reso i conti, e saldato sul peculio ciò ch' egli rimanesse a dare.

Per mezzo de'principi che abbiamo esposti intorno al *dies cedit* (pag. 419 e seg.) si rende assai chiara ed agevole l'intelligenza di questo paragrafo, perciocchè in esso si contiene la loro applicazione.

Il peculio, come il gregge è una spezie di universalità, che si accresce, o scema. In qual momento si avrà esso a riguardare se è stato lasciato in legato. Non altrimenti che per le altre cose, nel momento del *dies cedit*, perciocchè allora resta fissato il diritto del legatario. Basta dunque ricordarsi qual è questo momento.

Se il legato è stato fatto puramente e semplicemente ad un estraneo, noi sappiamo che la fissazione del dritto eventuale (il *dies cedit*) ha luogo al momento della morte (pag. 420); il legato adun-

que cade sul peculio tal quale trovavasi in quel tempo. Per contrario se il legato è stato lasciato insieme con la libertà al proprio schiavo del testatore, noi sappiamo che la fissazione del dritto (il *dies cedit*) ha luogo nel momento che lo schiavo acquista la libertà, cioè quando si fa l'adizione dell'eredità (pag.422) ; il dritto del legato adunque si fisserà sul peculio tal quale trovasi in quel tempo (1). La stessa quistione si presenta, intorno al legato di un gregge o di qualsivoglia altra universalità, e simigliantemente debb' esser risoluta.

Ex rebus peculiaribus. Ben inteso che se non si tratta di nuove aggiunzioni, ma di un accrescimento che proviene dalle stesse cose del peculio, per esempio, dall' alluvione de' campi, dall' accrescimento degli animali, etc. questi aumentamenti benchè sopravvenuti dopo il *dies cedit* appartengono al legatario.

Ita divi Severus et Antoninus rescripserunt: Gl' imperadori Diocleziano, e Massimiano decisero egualmente in una costituzione che si trova nel codice di Giustiniano (2) : lo schiavo francato tra vivi porta seco il suo peculio, se il padrone espressamente non glielo toglie, perciocchè quì il consentimento del padrone è manifesto: se in luogo di ritenere il peculio, egli permette che lo schiavo lo porti seco, ciò significa che egli intende donarglielo. Per contrario lo schiavo fatto libero per testamento non ha dritto al peculio se non quando gli sia stato lasciato in legato; perciocchè non vi è alcun atto che manifesti nel padrone l' intenzione di donarglielo.

Iidem rescripserunt. Le parole di questo rescritto ci son tramandate da Ulpiano : » *Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniae, quam se in rationem domini impendisse dicit* (3) ». Non vi può esser vero debito tra il padrone e lo schiavo che ha un peculio, perciocchè in sostanza non solamente il peculio, ma lo schiavo medesimo appartengono al padrone. Ma può esservi di fatto un conto tra di loro, se per esempio lo schiavo ha anticipato dal suo peculio qualche cosa pel padrone. Di siffatte anticipazioni parla il rescritto di Severo e di Antonino, e non permette allo schiavo di richiederle, quando gli è stato lasciato il peculio in legato, salvochè il padrone non avesse manifestata l'intenzione che cotali spese gli fossero rimborsate. Ma ciò che non può do-

(1) D. 33. 8. 8. § 8. f. Ulp.—36. 2. 17. f. Julian.—15. 1. 57. §§ 1. e 2. f. Tryph. — (2) C. 7. 23. — (3) D. 33. 8. 6 § 4. f. Ulp.

mandare direttamente, potrebbe ritenerlo per compensazione, se egli medesimo avesse a render qualche cosa al padrone (1).

Peculium videri legatum: Quì vi è un legato indiretto del peculio, in fatti se l' intenzione del testatore era necessaria, non era però indispensabile che fosse formalmente espressa, bastava che risultasse sufficientemente dalle circostanze (2).

XXI. Tam autem corporales res, quam incorporales legari possunt. Et ideo et *quod defuncto debetur potest alicui legari* ut actiones suas heres legatario praestet, nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet: DAMNAS ESTO HERES DOMUM ILLIUS REFICERE, VEL ILLUM AERE ALIENO LIBERARE.

21. Possono esser lasciate in legato tanto le cose corporali, quanto le incorporali, laonde se alcuno è debitore al testatore, questi *può legare ciò che gli è dovuto*, in modo che l'erede sia tenuto di cedere le sue azioni al legatario, se il testatore per avventura non avesse egli medesimo riscosso il credito, perciocchè in questo caso il legato si estingue. Vale anco il legato fatto in questa maniera: *Il mio erede sia condannato a ristaurare la casa del tale, ovvero a pagar i debiti del tale.*

Il testo quì ritorna alle cose che possono esser l'oggetto de'legati.

Quod defuncto debetur potest legari: Questo vien detto legato di credito (*legatum nominis*) (3). L' effetto generale di cosiffatto legato ci è indicato dal testo. La persona giuridica del defunto non passa al legatario, ed il testatore non può fare che sia altramente; il solo erede continua la sua persona; questi dunque, non ostante il legato del credito, continua come rappresentante del defunto ad esser creditore, e ad avere le azioni. L'effetto del legato si limiterà ad obbligarlo a dare al legatario le sue azioni (*ut actiones suas legatario praestet*); a cedergliele, il che non si può fare altrimente che costituendo il legatario come una specie di mandatario, di procuratore nel suo proprio interesse (*procurator in rem suam*). Del resto a ciò si limita l' obbligazione dell' erede; egli non garenti-

(1) Ivi. Ved. Ivi 5. f. Paul. e 6. § 5. f. Ulp. pel caso che si tratti di debiti, o di crediti tra il peculio, e non già il testatore ma l'erede. In questo caso se ne dee sempre render ragione. — Ved. eziandio D. 15. 17. § 6. f. Ulp. per la medesima questione nel caso del peculio dato allo schiavo non per legato, ma tra vivi.— (2) D. 33. 8. 8. § 7. f. Ulp. — (3) D. 30. 1° 44. § 6. f. Ulp.

sce punto la solvibilità del debitore, e neppure l'esistenza del credito (1).

Il testo ci dà in seguito degli esempi di legati, i quali consistono in atti imposti all'erede: o che questi siano atti da farsi, o da tolerarsi dall'erede, purchè non sieno impossibili, o illeciti, il legato è valido (2).

XXII. Si generaliter servus, vel alia res legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.	22. Se alcuno parlando generalmente lascia uno schiavo o una cosa, il legatario ha l'elezione, se per avventura il testatore non avessse altramente disposto.

Quì si tratta del caso in cui il testatore, ha legata una cosa nel suo genere (*rem in genere; rem generaliter*), e non già un corpo certo, un'oggetto determinato quanto all'individuo, *speciem*, come dicono i Romani, e questo è detto da' comentatori, *legatum generis*. Per la validità di cosiffatto legato egli è indispensabile che il genere sia determinato entro certi confini, perciocchè se si fosse, per esempio, lasciato in legato un animale, una pianta, il legato sarebbe derisorio, di cosa incerta, e per conseguenza nullo (3). Il medesimo sarà eziandio se il testatore avrà legata una casa un podere, e che non vi sia di tali cose nella sua eredità; la disposizione è così ampia, ed è tale la latitudine, che il legato è piuttosto derisorio che utile (*magis derisorium est, quam utile legatum*); ma se nell'eredità vi ha delle case, o de' poderi, questa circostanza determina sufficientemente l'oggetto del legato; una tra queste case, uno tra questi poderi sarà certamente dovuto (4). Per contrario se avrà legato uno schiavo (*hominem*), un cavallo, non è necessario che se ne trovi nell'eredità; perciocchè l'oggetto del legato è sufficientemente determinato dal genere (5).

(1) D. 30. 1° 105. f. Julian.; 39. § 3. e 75. § 2. f. Ulp. — 34. 3. 10. f. Julian. — (2) D. 30. 1° 112. §§ 3. e 4. f. Marcian.— (3) « *Legatum nisi certae rei sit et ad certam personam deferatur, nullius est momenti* ». Paul. Sent. 3. 6. § 13. — (4) D. 30. 1° 71. pr. f. Ulp. — Nondimeno secondo le opinioni di diversi interpetri il legato di una cosa *in genere* è sempre nullo se nell'eredità non si trovan cose di questo genere.— (5) Ulp. Reg. 24. § 14. — D. 30. 1° 13. f. Pomp.; 37. pr. f. Ulp. Questo punto però è controverso.

A chi apparterrà la scelta, al legatario, o all'erede? Gli antichi giureconsulti distinguevano: se il legato era fatto *per vindicationem*, » TITIO HOMINEM DO, » il che poteva solamente aver luogo, quando vi erano nell' eredità oggetti di tal genere, la scelta si apparteneva al legatario, perchè il legato conferiva l' azione reale, la *rei vindicatio*: or per reclamare una cosa che si pretende esser propria, è mestieri indicarla (1). Per contrario se il legato era *per damnationem*, » HERES MEUS DAMNAS ESTO HOMINEM DARE », legato che poteva aver luogo o che vi fossero o che non vi fossero di tali cose nell' eredità, siccome il legatario avea semplicemente l'azione personale, si seguiva la regola comune delle obbligazioni: l' erede obbligato si liberava dando a sua scelta la cosa dovuta (2). Sotto Giustiniano, il quale riunisce per tutt' i legati l' azione reale, e l' azione personale, ragion vuole che in tutti i casi diasi la scelta al legatario: « *Verius dici electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii* » (3). Ma vi ha de' casi, in cui, non ostante la decisione di Giustiniano, il legatario non potrebbe avere azione reale; come sarebbe quando l' eredità non contiene alcun oggetto del genere legato; in questi casi essendo l' erede obbligato per semplice azione personale, a lui debbe appartenere la scelta (4). Salvo però in qualunque caso la disposizione contraria del testatore.

A chiunque spetti la scelta essa non dee cadere nè sul migliore oggetto, nè sul peggiore (5).

XXXIII. Optionis legatum, idest ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc ad meliorem

23. Il legato d'elezione, cioè quando il testatore comandava che il legatario s'eleggesse quel ch' egli voleva o de' suoi schiavi, o di qualunque altra sua cosa, avea in se già ne' tempi addietro una tacita condizione, laonde se il legatario non eleggeva essendo vivo,

(1) « *Si in rem aliquis agat debet designare rem . . . appellatio enim rei non genus sed speciem significat.* « D. 6. 1. 6. f. Paul. — (2) Ulp. Reg. 24. § 14.—D. 30. 1° 108. § 2. f. Afric. Evidentemente interpolato da'compilatori del Digesto. — (3) D. 30. 1° 108. § 2. f. Afric. — (4) Confrontate su questo punto i seguenti frammenti del Digesto: 30. 1° 20. f. Pomp.— 33. 5. 2. § 1. f. Ulp., e 12, f. Julian. A' quali si oppongono: 30. 1° 47. § 3. f. Ulp.; — 84. § 3. f. Julian. — 33. 6. 4. f. Paul. — (5) « *Id esse observandum, ne optimus, vel pessimus accipiatur* ». D. 30. 1° 37. pr. f. Ulp. — e 110. fr. Afric.

statum reformatum est, et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et, diligentiore tractatu habito et hoc in nostra constitutione additum est, ut sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, *sive unius legatarii plures heredes*, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant,(fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors pervenit, illius sententia in optione praecellat.

il legato non trapassava all'erede. Ma per nostra costituzione anco questo è stato ridotto in meglio, e si è data licenza all' erede del legatario che elegga, quantunque il legatario in sua vita non l' abbia fatto. E trattata la materia con più diligenza si è eziandio aggiunto questo che, se siano più legatari, a' quali è lasciata l' elezione, e discordino in elegger la cosa, o *siano più eredi del medesimo legatario*, e tra loro discordino quanto all'eleggere, desiderando uno una cosa, e l'altro un'altra, acciocchè non perisca il legato (il che era introdotto da motti de' savi contro ogni carità), si metta alla sorte chi debba esser colui che ha da eleggere, e colui al quale toccherà la sorte sia preferito nell' elezione.

Qui si tratta del legato di ozione, o elezione, nel quale non si lascia una cosa, ma sibbene una facoltà personale, un dritto ad esercitare, il dritto di scegliere : » HOMINEM OPTATO, ELIGITO (1) » l' ozione, l' elezione in se medesima, e però si dice *optio, vel electio legatur* (2).

Da questo primo dato aveano i giureconsulti romani con la loro solita logica dedotte le regole speciali a cosiffatto legato. Se si è lasciata in legato una facoltà personale, è mestieri che il legatario medesimo la eserciti : farla esercitare da un altro, sarebbe modificare il legato. Laonde l' elezione non può farsi per via di procuratore (3). Se vi son più collegatari, in fino a che non si accordino nella scelta, il legato si trova impedito. Da ultimo se il legatario muore prima di aver fatta egli medesimo l' elezione, non trasmette nulla a' suoi eredi : la facoltà personale, che avea, si è estinta con lui, mentre che pel legato di una cosa *in genere*, siccome l' oggetto del legato è la cosa, se il legatario muore dopo il *dies cedit*, il dritto eventuale passa a' suoi eredi (4). Noi vediamo dal testo in che

(1) Ulp. Reg. 24. § 6. — (2) Un titolo speciale del Digesto è consacrato a questa materia D. 33. 5. *De optione vel electione legata.* — Cic. *De* invent. 2. 40.— (3) Confr. D. 50. 17. 77. f. Papin. con 123. f. Ulp. — (4) Confr. Dig. 36. 2. 12. § 7. con 8. f. Ulp.

modo Giustiniano modifica il rigore logico di queste due ultime deduzioni (1).

Sive unius legatarii plures heredes: La quistione non poteva presentarsi così sotto gli antichi giureconsulti, perciocchè il legato non era trasmessibile agli eredi, essa poteva solamente aver luogo nel caso di più collegatari congiunti, con questa circostanza che, se morivano senza essersi messi d' accordo, il legato periva. Sotto Giustiniano la quistione si presenta in amendue i casi. Per verità il legato non perisce più, ma come un perpetuo disaccordo impedirebbe il suo effetto, e lo renderebbe inutile, così è necessario, se si voglia evitar questo risultamento che equivale ad una perdita, trovare un modo da por fine alla discordia dipartendosi dal rigore de'principii.

Nel legato d' elezione la scelta del legatario è interameute libera, egli può prendere quella cosa che vuole, fosse pur la migliore (2). Egli ha contro l'erede l' azione *ad exhibendum* per farsi presentare le cose a fine di fare la scelta (3).

Del legato d' una parte dell' eredità (partitio).

Faremo poche parole su questa spezie di legato per terminare ciò che abbiamo a dire delle cose legate. Il testatore in luogo di legare degli oggetti determinati nel loro individuo (*speciem*), o nel loro genere (*in genere*), o delle universalità particolari, come un gregge, un peculio, etc. poteva legare anche una parte qualunque dell' universalità de' suoi beni (*pars bonorum*), una parte della sua eredità : » HERES MEUS CUM TITIO HEREDITATEM MEAM PARTITOR, DIVIDITO », tale è una delle formole di siffatto legato tramandataci da Ulpiano (4). La parte era quella espressamente fissata dal testatore, ed in difetto la metà (5). Questa sorta di legato appellavasi *partitio* (*quae species legati partitio vocatur*); ed il legatario, legatario parziario (*legatarius partiarius*) (6). Tal disposizio-

(1) Ved. la costituzione della quale parla il testo, Cod. 6. 43. 3.—(2) D. 3. 9. § 1. f. Ulp. — 33. 5. 2. pr. e § 1. f. Ulp. — (3) D. 33. 5. 4. f. Paul. ; 5. f. Afric.; 8. § 3. f. Pomp.; 22. f. — 33. 6. 2. § 1. f. Pomp.— (4) Ulp. Reg. 24. § 5. — (5) Ivi , e D. 50. 16. 164. § 1. f. Ulp. — (6) Ivi, e Gai. 2. § 254. — D. 36. 1. 22. § 5. f. Ulp.

ne del testatore, eziandio che egli avesse lasciati al legatario tutti i suoi beni, non lo rendeva erede, continuatore della persona del defunto. L'erede era colui che era stato approvato come tale ne' comizi, più tardi colui che avea comprato il patrimonio, ed in seguito colui che era stato istituito con formalità meno rigorose, ma si richiedeva sempre un' istituzione in questa qualità, e nelle debite forme. Il legatario parziario era un' acquistatore de'beni per universalità, ma non successore della persona; l'esistenza del suo legato dipendeva dall' esistenza dell' erede. Se l' istituzione veniva meno per qualsivoglia ragione, la *partizione* correva il medesimo destino. Dal che segue che i crediti, e i debiti, non ostante un cosiffatto legato, passavano sempre sul capo dell' erede, ed egli solo poteva perseguitare i debitori del defunto, o esser perseguitato da'creditori di lui: onde proveniva la necessità per l' erede, e pel legatario di tenersi conto rispettivamente tra loro delle conseguenze di siffatte azioni. Essi si obbligavano vicendevolmente per via di stipulazioni dette *stipulationes partis et pro parte* intorno al guadagno o alla perdita da divider tra loro (*de lucro et damno pro rata parte communicando*), presso a poco in questi termini, secondo gli esempi lasciatici da Teofilo nella sua parafrasi: » prometti tu di darmi la tal parte delle somme che riscuoterai da qualunque debitore ereditario? Prometto ». « Prometti tu di restituirmi la tal parte delle somme che io sarò obbligato di pagare a qualunque creditore ereditario? Sì prometto ». Ma siffatte stipulazioni aveano sempre il loro rischio tanto per l' erede, quanto pel legatario; perciocchè in caso d' insolvibilità dell' uno de' due, l' altro perdeva la parte sia del credito, sia del debito che avea dritto di far conteggiare (1). Del rimanente l' erede non è assolutamente obbligato di dare al legatario parziario la sua parte de' beni ereditari in natura: relativamente alle cose che non si potrebbero dividere senza danno egli ne dà la valuta; relativamente alle altre, è libero di scegliere tra la parte in natura, o il prezzo che vale (2).

Nel tempo che il legato parziario era al tutto distinto dal fedecommesso d' eredità (3), a giudicarne dagli scritti de' giurecon-

(1) Su tali stipulazioni ved. Gai. 2. § 254.—Ulp. Reg. 25. § 15.—Paul. Sent. 4. 3. § 1. — Inst. qui appresso tit. 23. § 6. e Teof. paraphr. del medesimo paragrafo.—(2) D. 30. 1.º 26. § 2. f. Pomp. e 27. f. Paul.—(3) Ved. una notabile differenza D. 35. 1. 22 § 5. f. Ulp.

sulti, pare essere stato grandemente in uso. Al tempo di Giustiniano, che i suoi effetti son confusi interamente col fedecommesso, è pressochè al tutto sparito. Le Instituzioni non ne fan parola.

Delle persone alle quali si può lasciare in legato.

XXIV. Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

24. A coloro solamente si può legare, con i quali si ha fazione di testamento.

Si vegga intorno a coloro, con i quali si ha la fazione del testamento quel che ne abbiam detto qui sopra pag. 270 e 317.

XXV. Incertis vero personis neque legata, *neque fideicommissa* olim relinqui concessum erat: nam *nec miles* quidem incertis personis poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat: QUICUMQUE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM DEDERIT, EI HERES MEUS ILLUM FUNDUM DATO. Illud quoque quod his relinquebatur qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt, aeque incertae personae legari videbatur: et denique multae aliae hujusmodi species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertae personae dari, quia placebat nominatim servos liberari. Tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione idest ex certis personis recte legabatur veluti: EX COGNATIS MEIS QUI NUNC SUNT SI QUIS FILIAM MEAM UXOREM DUXERIT, EI HERES MEUS ILLAM REM DATO. Incertis autem personis, legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta *repeti non posse* sacris constitutionibus cautum erat.

25. Non era conceduto ne' tempi addietro che fossero lasciati legati, *nè fedecommessi* a persone incerte, neanco il soldato poteva lasciare a persona incerta, siccome rescrisse il divino Adriano. E pareva che incerta persona fosse quella che il testatore con non deliberata opinione si proponeva nell'animo suo, come sarebbe se alcuno dicesse: A QUALUNQUE UOMO, CHE DARA' LA SUA FIGLIUOLA PER MOGLIE AL MIO FIGLIUOLO, DIA IL MIO EREDE IL TAL FONDO. Pareva similmente che fosse lasciato ad incerta persona quel ch' era lasciato a coloro i quali, dopo fatto il testamento, fossero i primi designati consoli, e molti altri somiglianti esempi. Pareva similmente che non si potesse dar la libertà a persona incerta, perciocchè piaceva che si liberassero gli schiavi nominatamente, nè nominare a tutore persona incerta. Validamente poi si legava a persone incerte ma tra determinate persone in questa maniera. SE ALCUNO DE' MIEI COGNATI CHE SONO AL PRESENTE, TORRA' PER MOGLIE LA MIA FIGLIUOLA, IL MIO EREDE GLI DIA LA TAL COSA. I legati ovvero i fedecommessi lasciati a persone incerte, e pagati per errore *non si possono chiedere indietro*, come è stabilito dalle sacre costituzioni.

Questo paragrafo non è altro che l' esposizione dell' an-

tico dritto che Giustiniano si propone di riformare; « *Legatum nisi certae rei et ad certam personam deferatur, nullius est momenti,* » diceva Paolo (1). Il testo sufficientemente fa intendere che cosa intendevasi per incerta persona (2). La ragione che i giureconsulti allegavano, è che il testatore debbe avere un' intenzione determinata: « *Quoniam certum consilium debet esse testantis* (3).

Neque fideicommissa: In virtù d' un senato-consulto del tempo d' Adriano, come abbiamo accennato quì sopra pag. 426; perciocchè nell' origine si lasciavano fedecommessi precisamente a quelle persone, alle quali non si potevano lasciar legati (4).

Nec miles: Così il privilegio militare non era stato esteso fino a dispensare da siffatta regola.

Libertas quoque: la legge FURIA CANINIA, della quale abbiamo esposta l'indole (t. I. p. 255), richiese anche l' indicazione *nominale* dello schiavo liberato per testamento: « *Lex* FURIA CANINIA *jubet nominatim servos liberari* » (5).

Repeti non posse: La *condictio indebiti* azione personale per la ripetizione di ciò che per errore si è pagato, non poteva per le costituzioni imperiali applicarsi a questo caso nè pe' *legati*, nè pe' fedecommessi (6).

Veggasi intorno alle persone incerte quello che ne abbiam già detto (p. 317). Nondimeno le città, le quali si consideravano come nel numero di siffatte persone, erano state sotto Nerva riconosciute capaci di ricevere de' legati, capacità che più spezialmente fu stabilita da un senato-consulto sotto Adriano (7).

XXVI. Postumo quoque alieno inutiliter legabatur, est autem alienus postumus qui natus, inter suos heredes testatoris futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.

26. Similmente per innanzi si legava inutilmente al postumo estraneo. Ed era postumo estraneo colui, il quale nascendo non è per essere tra gli eredi suoi del testatore; laonde il nipote conceputo dal figliuolo emancipato era postumo estraneo all' avolo.

(1) Paul. Sent. 3. 6. 13. — (2) Queste spiegazioni sono quasi testualmente tolte da Gaio. 2. § 238. e da Ulpiano Reg. 24. § 18.—(3) Ulp. Reg. 22. § 4. — 34. 5. 4. f. Paul. 5. pr. f. Gai.—(4) Gai. 2. § 287. — (5) Ivi § 239. — (6) Ved. intorno a ciò Gai. 2. § 283; a quest' epoca vi erano ancora delle differenze a questo riguardo tra i legati, e i fedecommessi. — (7) Ulp. Reg. 24. § 28.

Veggasi quello che di già abbiam detto de' postumi t. I. p. 357 t. 2. p. 303 e seg. Il postumo essendo una persona incerta, come tale non poteva essere istituito erede, nè ricevere per testamento. Noi abbiamo già veduto come si venne a modificar questo rigore di principi riguardo al postumo *suus heres*.

XXVII. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione derelicta, cum in nostro Codice constitutio posita est, per quam et huic parti medevimus non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis, et fideicommissis; quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere.

27. Ma neanco questo è restato addietro senza esser giustamente corretto, avendo noi messo nel nostro Codice una costituzione, per la quale rimediammo a questa parte, il che apertamente si può vedere per la lettura d'essa costituzione. Ma anche per la nostra costituzione non dee darsi una persona incerta per tutore, perchè l'uomo dee provvedere con certo e saldo giudizio alla tutela della sua posterità.

In nostro Codice constitutio posita est: Questo si applicava alla prima edizione del Codice, nella seconda che è pervenuta a noi, non vi resta più che una brevissima analisi della costituzione di Giustiniano. Le persone incerte, e tra queste spezialmente i postumi anche estranei, le diverse corporazioni, i poveri possono ricevere de' legati, o de' fedecommessi. La regola è estesa eziandio a' legati di libertà, ma non alla nomina d' un tutore (1).

XXVIII. Postumus autem alienus heres institui *et antea poterat*, et nunc potest, nisi in utero ejus sit, *quae jure nostro uxor esse non potest*.

28. Ed il postumo estraneo *poteva innanzi*, e può parimente ora essere istituito erede, se per avventura non è nel ventre di colei la quale *non possa esser moglie del testatore secondo le nostre leggi*.

Et antea poterat. I postumi estranei non han mai potuto essere istituiti eredi secondo il dritto civile (noi l'abbiamo sufficientemente spiegato, p. 303 e seg.) (2), ma la loro istituzione nulla per dritto civile, era confermata pel dritto pretorio, che dava loro il possesso de' beni (3). Noi sappiamo che Giustiniano ha conceduto loro la capacità d' essere istituiti.

(1) C. 6. 48. const. unic. — (2) Gai. 2. §§ 242, e 287. — (3) Ved. qui appresso; Inst. 3. 9. pr. — Dig. 37. 11. 3. f. Paul.

Quae jure nostro uxor esse non potest: Se queste espressioni fosser prese in un senso generale (il figliuolo d' una donna che non può esser moglie, che non ha il *connubium* con un cittadino romano), non presenterebbero alcuna difficoltà, ma nel tempo medesimo sarebbero inutili, perciocchè siccome il figliuolo nato di tal donna è in generale straniero (salvochè non si tratti d' una religiosa), è cosa evidente che non possa essere *istituito* erede. Per contrario, se in conformità della parafrasi di Teofilo si prendono in un senso particolare (il figliuolo d' una donna che il testatore non può torre a moglie) e letteralmente, ci offrono delle conseguenze inammessibili. Così, siccome il testatore evidentemente non può sposare la sua figliuola, la sua sorella, i suoi più stretti parenti o affini, siccome non può sposare alcuna donna già maritata con altri, siccome, se egli è ammogliato non può più sposare altra donna, la facoltà d' istituire un postumo sarebbe illusoria; l' eccezione diverrebbe più generale e più estesa che la regola, e colpirebbe precisamente coloro che sono più vicini per legame del sangue al testatore. Risulta dalla sana interpetrazione d' un frammento di Paolo, che forma una *legge* del Digesto, che quì si tratta d' un postumo appartenente al medesimo testatore, d' un figliuolo generato da lui e da un'altra donna: se egli non potea sposare a moglie quella tal donna, non poteva istituire il figliuolo postumo che ne avea avuto (1).

XXIX. Si quis in nomine, cognomine, praenomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum, idemque in heredibus servatur, et recte: nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intelligantur, nihil interest.

29. Se il testatore errerà nel nome, nel cognome, nell' antinome del legatario, purchè sulla persona non possa cader dubbio, il legato vale. Il medesimo s' osserva negli eredi, ed è ben fatto. Perciocchè i nomi sono stati ritrovati per dimostrare, e significar l'uomo, e però quando questi chiaramente si dimostri con qualche altro mezzo, poco importa del come.

XXX. Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi, veluti si quis ita legaverit: STICHUM SERVUM MEUM VERNAM

30. A questo s'avvicina quella regola di dritto, che il legato non perisce per falsa dimostrazione, come sarebbe se alcuno facesse un legato in questa

(1) D. 28. 2. 9. §§ 1. e seg. f. Paul.

DO LEGO; licet enim non verna, sed emptus sit, de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit: STICHUM SERVUM QUEM A SEIO EMI, sitque ab alio emptus, utile est legatum si de servo constat.

maniera: DO LASCIO STICO MIO SCHIAVO NATO IN CASA, perchè quantunque lo schiavo non sia nato in casa ma comprato, il legato è valido, perchè non cade dubbio sull'identità di Stico. E similmente s'egli dirà lo schiavo STICO IL QUALE COMPRAI DA SEIO, e nondimeno sia stato comprato da un'altro, il legato vale, se è chiaro di quale schiavo si sia inteso disporre.

XXXI. Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti cum ita quis dixerit: TITIO, QUIA ABSENTE ME NEGOTIA MEA CURAVIT, STICHUM DO LEGO, vel ita: TITIO QUIA PATROCINIO EJUS CAPITALI CRIMINE LIBERATUS SUM, STICHUM DO LEGO: licet enim neque negotia testatoris umquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si *conditionaliter* enuntiata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo: TITIO SI NEGOTIA MEA CURAVERIT, FUNDUM DO LEGO.

31. E tanto più una causa falsa che s'aggiunga al legato, non vizia il legato, come sarebbe se alcuno dicesse: DO LASCIO STICO A TIZIO PERCHÈ, ESSENDO IO ASSENTE HA GOVERNATO LE COSE MIE; ovvero così: DO LASCIO STICO A TIZIO PERCHÈ IO PER SUA DIFESA SON LIBERO DA DELITTO CAPITALE CHE MI ERA APPOSTO. E quantunque Tizio non abbia mai fatto le faccende del testatore, o non lo abbia mai con sua difesa liberato, il legato vale. Ma se la causa fosse *condizionalmente* posta, altro sarebbe da dire, come sarebbe se si dicesse: DO LASCIO A TIZIO IL MIO FONDO, SE EGLI AVRA' AMMINISTRATO I MIEI AFFARI.

I tre paragrafi precedenti quantunque posti nel luogo in cui le Instituzioni trattano delle persone, alle quali si fanno i legati, si riferiscono tanto alle cose legate quanto alle persone legatarie. Per farsene un' idea chiara è mestieri distinguere tre cose: 1° la dimostrazione; 2° la determinazione o limitazione; 3° la causa.

Lo scopo della dimostrazione è di mostrare, indicare meglio, far conoscere sia la persona alla quale si fa il legato, sia la cosa che si lascia in legato. Intorno a ciò la regola è quella che ci dà il § 30: *Falsa demonstratio legatum non perimit.* Tutto quello che importa è che l' intenzione del testatore sia ben chiara (1). Ma se le indicazioni sono siffattamente inesatte, vaghe, o contraddittorie che il testatore siasi ingannato anche su ciò che ha

(1) Ulp. Reg. 24. § 19. — D. 35. 1. 17. pr. f. Gai.; 33. f. Marc.; 34. f. Florent. — 37. 11. 8. § 2. f. Jul. — 30. 1° 4. pr. f. Ulp. — Cod. 6. 23. 4. const. Gordian. 6. 27. 7 § 1. const. Anton.

voluto, ovvero che non si sappia ciò che egli abbia voluto, la disposizione erronea nella sua stessa base, o incomprendibile, alla quale non si può dar giustamente alcuna interpretazione, si ha come non scritta (1).

Lo scopo della determinazione, o limitazione è di segnare i termini, i confini, ne' quali la persona, alla quale il testatore ha voluto far legato, o la cosa, ch' egli ha voluto lasciare, si debbano contenere: oltre a questi confini non vi ha più volontà. Per esempio s' egli abbia detto: Lego al primo figliuolo che nascerà della tal donna, o a' figliuoli che son nati del tal matrimonio; ovvero lego il danaro che è nel mio scrigno; la somma che mi deve Gaio: se non nascono figliuoli nel limite segnato; o se eglino muoiano, se non vi è danaro nello scrigno, se Gaio non deve nulla, in tutti questi casi il legato è nullo (2), perchè non si può trapassar oltre la volontà del testatore, e le sue espressioni non sono intese a fare una dimostrazione, ma a segnare un limite. Questa è la ragione della differenza delle due decisioni del § 15. che precede, relativamente al legato della dote, o della tal somma che si è recata in dote, quando nel fatto non è stato *recato* nulla (p. 448).

In quanto all' indicazione della causa, o sia di ciò che ha potuto indurre, o determinare il testatore a fare il legato, essa è interamente superflua; il testatore non dee dar conto delle ragioni che l' hanno indotto a legare, e quando anche quelle che egli ha espresse fosser false, non importerebbe punto. La cagione che qui produce il dritto non è il tale, o tal' altro motivo che ha potuto determinare la volontà del testatore, ma la sua intenzione di liberalità in se medesima; basta che questa intenzione vi sia, non importa il perchè. Laonde la regola per la falsa causa è la medesima che per la falsa dimostrazione. » (3). *Neque ex falsa demonstratione, neque ex falsa causa legatum in-*

(1) D. 28. 5. 9. § 1. f. Ulp. — 30. 1° 4. f. Ulp. — 31. 2° 30. f. Cels. — 33. 1. 14. f. Ulp. — 34 5. 3. 4. f. Paul. — 36. 1. 34. f. Marcian. — 50. 17. 73. § 3. f. Quint. Muc. Scaev. — O che provenga il dubbio dalle espressioni del testatore, o dalla scrittura, o dalle circostanze qui si giunge alla quistione tanto delicata *de rebus dubiis*, alla quale i compilatori del Digesto han consacrato un titolo speciale. D. 34. 5. *De rebus dubiis*. — (2) D. 30. 1° 51. f. Papin.; 75. §§ 1, e 2. fr. Ulp. — (3) Ulp. Reg. 24. § 19.

firmatur ». Nondimeno se l'esistenza dell' intenzione in se medesima dipendesse dalla verità del motivo espresso, la decisione sarebbe in tutto diversa. Il che ha luogo evidentemente quando il testatore ha espresso il motivo in forma di condizione (*conditionaliter*) : » Lego il tal fondo a Tizio , se egli ha fatto i miei affari , lego il tal fondo al mio figliuolo Tizio , se suo fratello ha presa la tal somma nel mio scrigno » (1). Questa per verità non è una vera condizione , perchè non si tratta di un avvenimento futuro , ed incerto (2) , il legato è puro e semplice , ma non esiste se non in quanto l' avvenimento già passato che il testatore ha avuto in vista , ed in considerazione del quale solamente ha dichiarato di voler fare il legato , sia vero e reale. Qui avviene precisamente come nel caso di determinazione , di limitazione : fuori del limite segnato non vi ha più volontà del testatore. Quando il defunto non ha adoperata questa forma condizionale , il legato , per principio , mal grado la falsità del motivo espresso, rimane valido ; tuttavia se gli eredi provassero senza lasciar luogo a dubbio , che senza questo motivo il testatore non avrebbe donato , potrebbero ottenere il più delle volte l' eccezione del dolo per ributtare il legatario (3).

Del rimanente tutto ciò che riguarda la dimostrazione , la limitazione , la causa, non debb' esser confuso con le diverse modalità de' legati , di cui immediatamente ci faremo a parlare (4).

XXXII. An servo heredis recte legamus quaeritur. Et constat pure inutiliter legari : nec quidquam proficere si vivo testatore de potestate heredis exierit , quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator , hoc non debet ideo valere , quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur , ut requiramus , an, quo tempore dies le-

32. Si domanda se rettamente si possa far legato allo schiavo dell' erede , e si dice che legandosi puramente e semplicemente , il legato non vale , e non opera nulla neppure se lo schiavo, vivendo il testatore, sia uscito dalla potestà del padrone; perciocchè quel legato che sarebbe inutile se il testatore subito dopo fatto il testamento si morisse , non dee valere per la sola ragione che

(1) D. 35. 1. 17. §§ 2, e 3. f. Gai. — (2) Ivi 34. § 1. Florent. — (3) D. 35. 1. 72. § 6. f. Pap. — Ved. il titolo speciale intorno a questa materia nel Cod. 6. 44. *De falsa causa adjecta legato vel fideicommisso.* — (4) Le due materie son trattate nel Dig. in un titolo comune : 35. 1. *De conditionibus et demonstrationibus.*

gati cedit, in potestate heredis non sit.

il testatore viva più lungamente. Ma legandosi allo schiavo sotto condizione rettamente si lega, e si dovrà esaminare se al tempo della fissazione del dritto lo schiavo non sia più in potestà dell'erede.

La combinazione de' principi sul *dies cedit* con quelli della regola Catoniana (pag. 419 e 423) rende agevole la spiegazione del testo.

Regolarmente niuno può esser nella medesima successione erede, e legatario, cioè suo proprio creditore, e suo proprio debitore nel tempo medesimo (1). Se vi sono più eredi, scema in parte l'impossibilità: imperocchè l'uno di loro può ricevere un legato sia per anteparte, sia in altra maniera, ma allora sarà vero che il legato non esiste se non per la parte che è a carico de' suoi coeredi, e non per la sua propria parte (2). Se vi è un solo erede, l'impossibilità è assoluta.

Ma che si ha a decidere se il legato sia fatto allo schiavo dell'erede, ovvero al figliuolo sotto la sua potestà; o, ne' tempi addietro, a colui ch' egli avea *in mancipio*, o alla sua moglie *in manu*? Se queste persone debbono acquistare a lui il legato, questo legato sarà nullo, perciocchè il capo di famiglia troverebbesi nel tempo medesimo erede in virtù della sua istituzione, e legatario per mezzo della persona sottoposta alla sua potestà. Per contrario, se debbono acquistare il legato ad un altro, il legato resterà valido, perciocchè non vi sarà niuna incompatibilità. Ciò posto ricordiamoci che gli schiavi, e le persone *alieni juris* acquistano i legati non già al capo di famiglia, al quale son sottoposti al momento della formazione del testamento, ma a quello a cui si trovano soggetti nel momento del *dies cedit* (pag. 422), ricordiamoci eziandio che per giudicare della validità d'un legato, è mestieri, secondo la regola Catoniana, supporre il testatore morto immediatamente dopo fatto il testamento, ed esaminare che cosa sarebbe del legato in questo stato. Combiniamo questi due principi, e facciamone l'applicazione.

(1) « *Heredi a semetipso legari non potest.* » Ulp. Reg. 24. § 22.—Dig. 30. 1° 34. § 11. f. Ulp.— (2) « Heredi a semetipso legatum dari non potest, a (te) coherede potest. » Ibi 116. § 1, f. Florent. — 104. §§ 3, e 5. f. Julian.

Se il legato fatto allo schiavo è puro e semplice, si applica la regola Catoniana; supponiamo il testatore morto subito dopo fatto il testamento; il *dies cedit* per un legato puro e semplice ha luogo al giorno della morte; lo schiavo legatario acquista al padrone a cui appartiene in quel momento; egli dunque acquisterebbe a quel medesimo che trovasi istituito erede; questi sarebbe in un tempo medesimo erede, e legatario: dunque il legato è nullo. Forse gli avvenimenti supposti non si effettueranno, forse alla morte reale del testatore lo schiavo avrà mutato padrone, o si troverà libero, ma ciò non monta; la circostanza che il testatore ha vivuto più lungamente non può dare al legato una forza che a principio non avea. Questo è l'effetto della regola Catoniana.

Se il legato è condizionale la regola Catoniana non si applica (pag. 425), ed ancorchè si applicasse, per certo non risulterebbe la nullità del legato, perciocchè il *dies cedit* pei legati condizionali ha luogo tutto al più al tempo dell'adempimento della condizione, e non si sa a chi lo schiavo in quel momento apparterrà; è dunque mestieri attender l'avvenimento per giudicare della sorte del legato. Se al momento del *dies cedit* lo schiavo è ancora in potere del medesimo padrone, il legato sarà nullo; se è passato in altre mani, o se è fatto libero, il legato, acquistato in questo caso ad altra persona che all'erede, sarà valido.

La quistione trattata in questo paragrafo era controversa al tempo degli antichi giureconsulti. Servio Sulpizio non considerando che la realtà, la quale potrebbe sopravvenire in seguito, volea che si potesse lasciar legati allo schiavo dell'erede, sia puramente e semplicemente, sia condizionalmente, salvo ad attendere in tutti i casi l'avvenimento ulteriore per giudicare della sorte del legato; i Proculiani considerando semplicemente lo stato delle cose al momento medesimo della formazione del testamento, volevano che il legato non potesse mai validamente esser fatto nè puramente e semplicemente, nè sotto condizione, qualunque esser potesse l'ulteriore avvenimento. Da ultimo Sabino e Cassio, per l'applicazione della regola Catoniana risolveano la quistione per tal modo che teneano in un tempo medesimo l'opinione di mez-

zo, ed applicavano alla specie i principi generali della materia (1). E questa risoluzione è rimasta nel dritto di Giustiniano.

XXXIII. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit, d'es legati cedere intelligitur, cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius, quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur; quibus casibus utile est legatum; quod si in eadem causa permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

33. E per contrario non si dubita, che essendo scritto erede lo schiavo non si lasci rettamente in legato al padrone, eziandio senza condizione, perciocchè se il testatore si morisse immediatamente che ha fatto il testamento, non è ancor certo che il dritto al legato si fisserà sul capo di quel medesimo che sarà erede; essendochè quì l'eredità è separata dal legato, e può avvenire che un altro sia fatto erede per mezzo di quello schiavo, se innanzi ch'egli vada all'eredità per comando del padrone, venga in potestà di un altro, ovvero liberato divenga egli stesso erede, ne' quali casi il legato sarà utile e valido. Ma restandosi col suo padrone, ed accettando l'eredità per suo comandamento, il legato si estingue.

Quì s'incontrano i medesimi principi del paragrafo precedente, con quest'altro di più: che quando uno schiavo è stato istituito erede, egli acquista non già al padrone, che ha al momento della morte del testatore, ma a colui per comando del quale fa l'adizione (pag. 225), dal che seguita che il legato fatto al padrone dello schiavo istituito erede non è mai nullo da principio.

In fatti supponiamo il legato anche puro e semplice, applichiamo la regola Catoniana: il testatore è morto subito dopo fatto il testamento; il *dies cedit* ha luogo immediatamente pel legato: il dritto eventuale a questo legato è fissato nella persona del padrone; ma sarà egli medesimo l'erede? Questo è ancora incerto. Lo schiavo acquisterà l'eredità al padrone, che avrà al momento dell'adizione, cioè forse ad un altro, forse eziandio a se medesimo, se in questo mezzo sarà venduto, o fatto libero. Adunque anche supponendo morto immediatamente il testatore, non è certo che si abbiano a cumulare nella persona medesima le qualità di erede, e di legatario; e però il legato è regolare nella sua

(1) Gai. 2. § 244. 6.

origine, salvo ad attendere l'avvenimento ulteriore per decidere della sua sorte (1).

A carico di chi, ed in che modo si può legare.

Noi già sappiamo che il vero legato non può esser fatto che a carico dell'erede, e dell'erede testamentario. Non si può legare nè a carico dell'erede *ab intestato*, nè a carico del legatario (*a legatario legari non potest*) (2), nè a carico d'un fedecommessario: si può bene pregarli, raccomandar loro, confidare alla loro fede, ma non si può ingiungere a titolo di legato. La storia ce ne ha mostrata evidentemente la ragione. Bisogna che vi sia un continuatore della persona del defunto, scelto non dalla legge generale, ma dalla legge particolare del testamento, perchè gli si possa comandare, ingiungere, o imporre l obbligazione, la legge (*legem dicere*, *legare*) Ved. qui sopra pag. 259 e 315.

Il medesimo principio avea dettata la decisione del paragrafo che segue.

XXXIV. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturae sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus ut liceat et ante heredis institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere, et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

34. Già per i tempi addietro i legati non valevano lasciandosi innanzi che fosse istituito l'erede; essendochè i testamenti ricevono forza e vigore per l'istituzione dell'erede, e per questo l'istituzione dell'erede è come capo e fondamento di tutto il testamento. E per la medesima ragione non si poteva dar la libertà innanzi all'istituzione. Ma avendo noi giudicato che non sia cosa civile seguitar l'ordine della scrittura (il che parve anche agli antichi degno di biasimo), e disprezzar poi la volontà del testatore, abbiamo per nostra costituzione eziandio corretto questo vizio, e vogliamo che sia lecito lasciar legati ed innanzi all'istituzione dell'erede, e nel mezzo delle istituzioni degli eredi, e molto maggiormente sia lecito lasciar la libertà, la quale è più favorevole.

(1) Gai. 2. § 243. — D. 36. 2. 17. f. Julian. — 35. 2. 20. f. Scaev. —
(2) Ulp. Reg. 24. § 20.

Era mestieri un tempo che il futuro continuatore della persona fosse stato accettato da' Comizi; più tardi che avesse comprato il patrimonio per via di mancipazione (*familiae emptor*), perchè gli potesse esser imposta una legge. Nulla può andar innanzi a questa creazione di erede, che apre pel testatore il dritto di comandare: « *Quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit* » (1). La qual regola inevitabile e logica fino a tanto che le primitive istituzioni di Roma sono una realtà, pare sottile, ed irragionevole quando queste medesime istituzioni son ridotte ad una finzione, ad una debole e confusa ricordanza di ciò che per addietro era stato.

La nomina del tutore era sottoposta al rigore di siffatta regola; ed i Sabiniani persistettero a mantenervela; ma i Proculiani pensarono che ne dovesse essere eccettuata, perciocchè essa non gravava l' eredità di alcun carico (2); il loro avviso prevalse, e questa fu una derogazione al vero dritto civile romano (t.I. p.363). Ma niuna cosiffatta ragione militava pel legato di libertà, il quale era certamente un carico pel continuatore della persona.

Dopo Augusto si cominciò a modificar la regola ammettendosi che i codicilli potessero validamente contener de' legati. Sotto Giustiniano poco importa il posto delle disposizioni (3). Ed eziandio i legati messi a carico di altra persona che l' erede testamentario, valgono come fedecommessi.

Non abbiam nulla a dire delle espressioni che si dovevano adoperar ne' legati, avendone quì sopra già fatto parola (pag. 411 e seg.). In quanto alla forma degli atti vi avremo a ritornare quando diremo de' codicilli (quì appresso tit. 25).

Delle diverse modalità de' legati.

S' intendono per modalità d' un dritto quelle modificazioni che toccano la sua medesima esistenza, la sua estensione, la sua esecuzione, e che costituiscono per questo dritto altrettanti diversi modi o maniere di essere. Questo argomento è trattato,

(1) Ulp. Reg. 14.§ 15. — Paul. Sent. 3. 6. § 2.—Gai. 2. § 229. — (2) Gai 2. § 231. — (3) V. un frammento della sua costituzione. Cod. 6. 23. 24.

pel legato, in un titolo speciale del Digesto, e del Codice (1). La condizione (*conditio*); la destinazione della cosa legata indicata al legatario (*modus*); il termine (*dies*) sono altrettante modalità: esse toccano la disposizione in se medesima nella sua esistenza, nella sua estensione, nella sua esecuzione.

Il legato è condizionale allorchè il testatore ha subordinata la sua disposizione ad un avvenimento futuro ed incerto; il legato esiste, ma condizionalmente cioè come dipendente da un avvenimento futuro. Noi di già sappiamo che dopo una discussione tra le due opposte scuole di giurisprudenza, essendo prevaluto l'avviso de' Sabiniani, fu diffinitivamente ammesso che ne' testamenti le condizioni impossibili, o illecite in cambio di annullare la disposizione, si doveano reputar non iscritte, e la disposizione esser eseguita non altrimente che se fosse pura e semplice (p. 335). Il caso, o la condizione che consiste in un fatto negativo che è vietato al legatario di fare (*quae in non faciendo sunt conceptae*), offre una notabile particolarità. Per esempio, se il testatore ha detto: Io lego cento soldi d'oro a Tizio, se non ascende nel Campidoglio (*si in Capitolium non ascenderit*), siccome fin tanto ch'egli vive è sempre possibile che ascenda nel Campidoglio, la condizione non potrebbe esser perfettamente adempiuta innanzi la sua morte; e così sarebbe impossibile ch'ei profittasse della liberalità del defunto. In questo stato di cose, e per un favore speciale per le disposizioni testamentarie, erasi trovato un rimedio al rigore del dritto. Il legatario, al quale erasi lasciato un legato in questa forma, prendeva immediatamente il legato, ma dava sicurtà all'erede per la restituzione che era tenuto a farne, se contravvenisse al divieto del testatore. Questa sicurtà consisteva in una malleveria, della quale Q. Muzio Scevola per il primo avea introdotta la formola, e che addomandavasi cauzione Muziana (*Muciana cautio*) (2). Essa si applica eziandio alle istituzioni di erede fatte sotto simiglianti condizioni (3).

(1) D. 35. 1. *De conditionibus et demonstrationibus, et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur.* — Cod. 6. 46. *De conditionibus insertis tam legatis, quam fideicommissis, et libertatibus.* — (2) D. 35. 1. 7. pr. f. Ulp.; 67. f. Javol.; 72. pr. §§ 1. e 2; 73, 77. § 2. f. Ulp.; 101. § 3. f. Papin.; 106. f. Julian.— (3) 28. 7. 4. § 1. f. Julian.

Il legato è fatto sotto un modo (*sub modo*), quando il defunto ha imposto al legatario la destinazione della cosa legata, per esempio, per innalzare nn monumento al testatore, per dare un pranzo a' municipali, ovvero per restituire una parte del legato ad un altro (1). Tal'è questa specie:» *Luciis, Publiis, Corneliis ad monumentum meum aedificandum mille heres dato* (2)». Il modo non debb'esser confuso con la condizione (3). Esso non sospende come quella l' effetto della disposizione; il *dies cedit* ha luogo per questo legato come pe' legati puri e semplici, il legatario può domandare immediatamente la cosa, ma è tenuto di adempiere alla destinazione indicata dal defunto, di darne sicurtà all'erede (4), ed in difetto può essere astretto all'adempimento, o a restituire la cosa. Non pertanto trovasi talvolta nel testo l' espressione *modus* presa in un senso più ampio (5).

Un termine (*dies*) può aggiugnersi al legato; ed è questa una manifesta differenza tra il legato e l'istituzione d'erede; la ragione di cotal differenza risulta sufficientemente da quel che ne abbiam detto (p. 332). Il legato non è una continuazione della persona, ma un acquisto di proprietà, o di credito: nulla dunque impedisce che vi si apponga un termine. Ma quì fa mestieri distinguere *tra il termine* certo (*dies certus*), per esempio, alle tali calende, tre anni dopo la mia morte, ed il termine incerto d*ies incertus*, per esempio, alla morte del mio erede (*heres meus cum morietur*); egli è certo che l'erede morrà, ma in qual tempo? questo è incerto. Da ultimo si vuol ricordare quella regola formolata da Papiniano» *Dies incertus conditionem in testamento facit* (6)) », ed eziandio da Ulpiano, parlando de'legati: » *Dies incertus appellatur conditio* »; regola da noi già innanzi spiegata (pag. 334 e seg.). Perchè il legatario abbia avuto un dritto fissato a suo vantaggio, nel caso del termine incerto, è necessario che questo termine sia venuto durante la sua vita, altrimenti egli sarà morto senza il dritto, e non avrà trasmesso nulla a'suoi eredi. Allorchè dunque il testatore dice: » Lego dieci soldi d'oro a Caio alla morte del mio erede » ; è come se egli avesse detto : lego

(1) D.35. 1. 17. § 4. f. Gai.—(2) Ivi 40. § 5. f. Javol.—(3) Ivi 80. f. Scaev. — (4) D. 32. 3° 19. f. Valent. — 35. 1. 40. § 5. f. Javol. ; ed 80. f. Scaev. — (5) C. 6.45. *De his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur*. —(6) D. 35. 1. 75. f. Papin.

dieci soldi d' oro a Gaio, se il mio erede morrà prima di lui. Or detto a questo modo, chi non vede che l'avvenimento stesso è dubbioso, che è una vera condizione? (1) Ma se il termine quantunque incerto dee necessariamente venire vivendo il legatario, non han più luogo le medesime ragioni: esso non fa condizione. Ecco l' unico esempio arrecato da'giureconsulti: lego a Tizio, quando morrà (*cum ipse legatarius morietur*) (2). Il termine è incerto, ma verrà certamente vivendo il legatario, perciocchè l'uomo vive ancora nel momento in cui cessa di vivere: il legato adunque non si reputa condizionale; il legatario senza dubbio lo raccoglierà e trasmetterà a'suoi eredi. Questo è sottile, ma logico. Quali sono le conseguenze di cosiffatta massima: *Dies incertus conditionem in testamento facit*? Per l' istituzione di erede, che è lecito di farla con siffatto termine, benchè in generale l' istituzione a termine sia nulla (pag. 333). Pel legato, che al legato a' termine incerto si applicano, quanto al *dies cedit* ed al *dies venit*, le medesime regole che al legato condizionale (pag. 420).

XXXV. *Post mortem quoque heredis aut legatarii*, simili modo inutiliter legabatur, veluti si quis ita dicat: CUM HERES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO; item: PRIDIE QUAM HERES AUT LEGATARIUS MORIETUR. Sed simili modo et hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem praestantes, ne vel in hoc casu deterior causa legatorum, *quam fideicommissorum* inveniatur.

35. Parimente lasciandosi il legato *dopo la morte dell' erede o del legatario*, il legato era inutilmente lasciato, come sarebbe se alcuno dicesse: DO LASCIO QUANDO L'EREDE MIO SARÀ MORTO. Similmente, IL DÌ INNANZI CHE L'EREDE O IL LEGATARIO SI MUOIA. E questo eziandio abbiamo somigliantemente corretto dando fermezza a cosiffatti legati, acciocchè in questo caso la condizione dei legati non sia da meno *di quella de' fedecommessi*.

Ecco delle sottigliezze intorno al termine, le quali son tolte via da Giustiniano:

Post mortem quoque heredis: Il legato non poteva farsi sotto cosiffatto termine, perchè non sarebbe stato fatto veramente *ab herede* ma piuttosto *ab heredis herede*; esso sarebbe stato un carico

(1) D. 35. 1. 1. § 2. f. Pomp. 79 § 2 f. Pap.— 31. 2° 12. f. Paul.— (2) D. 35. 1. 79. pr. f. Papin.—36. 2. 4. f. Ulp.

non per l' erede, ma per l'erede dell'erede (1). I soli fedecommessi potevano aver luogo in tal maniera: Giustiniano assomiglia i legati a' fedecommessi.

Aut legatarii: Queste parole sono aggiunte al testo di Gaio; ma la ragione è evidente: nel legato *post mortem legatarii* è indubitabile che il termine incerto non si potrà verificare che dopo la morte del legatario, ed in conseguenza non essendosi fissato il dritto nella sua persona, vivendo lui, non trasmetterà nulla a' suoi eredi; dunque questo legato è inutile (V. quì sopra pag. 422).

La sottigliezza de' giureconsulti romani stava nell' avere accuratamente distinto così per l' un caso, come per l' altro la differenza tra queste espressioni *cum morietur*, e le altre *cum mortuus fuerit*, o *post mortem*. Nel primo caso il *dies* scaderà vivendo ancora l'erede o il legatario, dunque il legato potrà esser valido; nel secondo, il *dies* non può assolutamente venire che dopo la morte dell'erede, o del legatario; l' uno non avrà mai cominciato ad esser creditore, l' altro non avrà cominciato ad esser debitore; dunque il legato non puo valere (2). Noi troveremo la medesima sottigliezza in fatto di stipulazioni (V. quì appresso lib. 3, tit. 19, §. 13). Giustiniano toglie di mezzo questa rigorosa analisi delle parole.

Pridie qaam heres aut legatarius morietur: La medesima regola è anche per le stipulazioni (Inst. 3. 19. §. 14.); il legato è nullo, dice Teofilo, ripetendo quì il ragionamento fatto da Gaio per le stipulazioni, perciocchè non si potrà conoscere la vigilia della morte, se non dopo che la morte sarà avvenuta, e per conseguenza la cosa riducesi al medesimo termine che se si fosse detto *post mortem* (3). Cattiva ragione, aggiunge Gaio (*quod non pretiosa ratione receptum videtur*) (4), in fatti non è forse sufficiente che il dritto si fissi vivendo ancora l' erede, o il legatario? e non è egli cosa indifferente che codesta fissazione sia stata conosciuta, o no innanzi che essi sieno morti? Sotto Giustiniano cotale sottigliezza sparisce.

(1) « *Ne ab heredis herede legari videatur quod juris civili ratio non patitur.* » Ulp. Reg. 24. § 16. Paul. Sent. 3. 6. § 5. — Gai. 2. § 232. — Quanto alla nomina d' un tutore si dubitava che non potesse esser fatta *post mortem heredis*, Gai. 2. § 234. — (2) Ved. i testi quì sopra citati, e segnatamente Paul. 3. 6. § 6. ove si vede che è compreso in queste regole tanto il legatario, quanto l' erede. — (3) Gai. 3. § 100. — Theoph. Paraph. *hic*. — (4) Gai. 2. § 232.

Quam fideicommissorum: Infatti niuna di queste regole si applicava a' fedecommessi (1); or Giustiniano assomiglia ad essi i legati.

Non ci rimane più altro ad esaminare che un' ultima modalità de' legati: i legati a titolo di pena (*poenae nomine*).

XXXVI. Poenae quoque nomine inutiliter legabatur, et *adimebatur*, *vel transferebatur*. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis is aliquid faciat aut non faciat: veluti si quis ita scripserit: HERES MEUS SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT (vel ex diverso si non collocaverit) DATO DECEM AUREOS SEIO; aut si ita scripserit: HERES MEUS SI SERVUM STICHUM ALIENAVERIT (vel ex diverso si non alienaverit) TITIO DECEM AUREOS DATO. Et in tantum haec regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur *nec principem quidem agnoscere quod ei poenae nomine legatum sit*. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliae militum voluntates in ordinandis testamentis valde observentur. Quin etiam nec libertatem poenae nomine dari posse placebat; eo amplius nec heredem poenae nomine adjici posse Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat: TITIUS HERES ESTO: SI TITIUS FILIAM SUAM SEIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, SEJUS QUOQUE HERES ESTO: nihil enim intererat qua ratione Titius coerceatur utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta vel adempta, vel in alios translata, *nihil distare a ceteris legatis constituimus* vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo; exceptis his videlicet,

36. Il legato parimente che si lasciava, *si toglieva*, o si trasferiva a titolo di pena era inutile. Ed a titolo di pena pareva che si lasciasse quel che si lasciava per forzare l'erede a fare o non fare, come sarebbe se alcuno avesse scritto in questa maniera: IL MIO EREDE, SE DARÀ LA SUA FIGLIUOLA PER MOGLIE A TIZIO (o per contrario se non la darà) DIA A SEIO DIECI SOLDI D'ORO; ovvero se egli scrivesse a questo modo: L'EREDE MIO SE ALIENERÀ LO SCHIAVO STICO (o per contrario se non lo alienerà) DIA A TIZIO DIECI SOLDI D' ORO. E questa regola s'osservava per cosiffatta maniera, che *neanche il Principe poteva accettare il legato che gli era lasciato a titolo di pena*, siccome per molte costituzioni di principi fu stabilito. E cosiffatti legati non valevano, eziandio che fossero stati lasciati per testamento di soldato, quantunque ogni altra volontà di soldato grandemente si osservasse ne' testamenti. E piaceva che neanco la libertà non si desse a titolo di pena, e di più che non si potesse aggiungere un'erede per pena, siccome giudicava Sabino, come sarebbe se alcuno dicesse in questa maniera: TIZIO SIA EREDE; SE TIZIO DARÀ PER MOGLIE LA SUA FIGLIUOLA A SEIO, SEIO PARIMENTE SIA EREDE, perciocchè non importava per qual ragione Tizio fosse astretto o per dar del legato, o per accrescer del suo coerede. Ma cosiffatta scrupolosità non ci è piaciuta, e generalmente abbiamo ordinato che quelle cose che si lasciano, quantunque si lascino, si tolgano, o si tra-

(1) Ulp. Reg. 25. § 8.

quae impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa : hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta temporum meorum non patitur.

sferiscano in altri per pena, *s'intendano non esser punto differenti dagli altri legati* pei quali si dà, si toglie, o si trasferisce, fuor solamente quelle cose che sono impossibili, e vietate per leggi, o altrimenti riprovate. Perciocchè la qualità de' miei tempi non patisce che cosiffatte disposizioni testamentarie abbiano vigore.

Il legato a titolo di pena (*legatum poenae nomine, quod coercendi heredis causa relinquitur*) (1) è una specie di legato condizionale, ma d' un carattere tutto particolare. La condizione è potestativa : si tratta di una cosa che il testatore vuole che si faccia o che non si faccia. Ma questa volontà, questa condizione non è imposta a colui al quale si fa la liberalità, perchè allora sarebbe un vero legato condizionale perfetttamente valido, essendo libero il testatore di mettere alla sua liberalità quelle condizioni che giudica convenienti; qui la condizione è imposta all' erede, a colui che ha il carico di pagare il legato, o che è gravato della disposizione, per modo che appunto per punirlo di non avere adempito quella tal condizione, e come un mezzo di costringimento si è fatto il legato, che per lui è un peso, perciocchè diminuisce d'altrettanto la sua eredità. » Lego cento soldi d' oro a Tizio, se egli darà la sua figliuola per moglie al tale » questo è un legato condizionale ordinario perfettamente valido; perchè la condizione è imposta al legatario, spetta a lui il vedere se gli convenga il legato a questo prezzo. » Se il mio erede non darà la sua figliuola per moglie al tale, io lego cento soldi d'oro a Tizio »: questo è un legato a titolo di pena, perchè la condizione è imposta all' erede : se egli non la adempie, sarà punito con l' obbligazione di soddisfare il legato; egli adunque si trova in questa alternativa o di obbedire al defunto, o di esser gravato di un legato. Sicchè il suo carattere distintivo è ben determinato; ed è che la condizione, il comando di fare o non fare è diretto non già al legatario, ma all'erede. In fatti il legato sotto qualunque condizione sia fatto, non può mai essere una pena pel legatario, che in definitivo è sempre libero di

(1) Gai. 2. §§ 235, 236, 237, 243.— Ulp. Reg. 24. § 17, e 25. 4. § 13.—D. 34. 6. *De his quae poenae causa relinquuntur.* — Cod. 6. 41. *De his quae poenae nomine in testamentis, vel codicillis (scribuntur vel) relinquuntur.*

accettarlo, o di rifiutarlo, se la condizione non gli conviene; ma è una pena per l'erede, il quale sarà obbligato di soddisfarlo in punizione del non aver obbedito al comando del defunto.

Cosiffatto legato non era permesso nel dritto romano; esso era radicalmente nullo, e per due ragioni, dice Teofilo nella sua Parafrasi: la prima che il legato trovasi in tutto dipendente dall'arbitrio dell'erede che può a sua posta doverlo, o non doverlo, la seconda e più caratteristica è che i legati debbono riconoscere la loro origine da un sentimento di benevolenza, di affezione pel legatario, e non dal risentimento contro l'erede (1). Or qui il legatario non è pel testatore un oggetto di affezione, ma un mezzo di costringimento. La nullità applicavasi usualmente ed al legato di libertà (2), ed all'istituzione di erede (3), ed eziandio a'fedecommessi (4) lasciati a titolo di pena; perciocchè in qualunque modo si fosse voluto sforzare l'erede obbligandolo in caso di disubbidienza, a far libero uno schiavo, o a dividere l'eredità con un altro, o a dare un fedecommesso, la ragione era sempre la medesima (5).

Nec principem quidem agnoscere quod ei poenae nomine legatum sit. Essendo l'imperadore superiore alle leggi, sarebbesi potuto sperare che il legato a titolo di pena che a lui fosse fatto, si sarebbe avuto per valido, e che l'erede per evitare di doverlo soddisfare sarebbe obbligato di obbedire alla condizione del testatore.

Nihil distare a ceteris legatis constituimus: Sotto Giustiniano, i legati, e le altre disposizioni a titolo di pena son permesse. Essi sono legati condizionali. Ma perdono il loro carattere particolare? No certamente: Così nel legato condizionale ordinario la condizione impossibile o illecita si ha come non iscritta, ed il legato si mantiene come puro e semplice (p. 335 e 473); per contrario nel legato a titolo di pena la condizione impossibile o illecita è cagione di nullità: il legato è nullo. Perchè questa differenza? Perchè nel primo caso la condizione è imposta al legatario, e non è convenevole che questi sia

(1) Theop. *hic.*—(2) Gai. 2. § 236.— (3) Ivi § 243.—(4) Ulp. Reg.25. § 13. — (5) Quanto al dare un tutore, dice Gaio, non vi può essere alcuna questione, perciocchè la nomina d'un tutore non può essere un mezzo di costringimento contro l'erede: « *De tutore vero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli qnidquam facere, aut non facere: ideoque nec datur poenae nomine tutor (et si) datus fuerit, magis sub conditione, quam poenae nomine datus videbitur.* » Gai. 2. § 236.

punito con la privazione del legato, di non avere obbedito a ciò che era impossibile, o illecito di fare. Per contrario nel secondo caso la condizione è imposta all' erede, e non si dee punirlo con obbligarlo a pagare il legato, di non aver obbedito ad un comando impossibile, o illecito. Adunque la differenza tra i due casi nonchè presentare alcuna contrarietà, è anzi la deduzione di un medesimo principio.

Giustiniano non parla solamente del legato, della libertà, dell'istituzione di erede, e del fedecommesso a titolo di pena; egli aggiugne eziandio tanto nel nostro testo, quanto nella sua costituzione nel Codice (1) la rivocazione (*ademptio*), ed il trasferimento de' legati (*translatio*). Questo presenta maggiore difficoltà. Quì la pena non cade sull' erede, nè a lui è imposta la condizione; perciocchè se si tratta di togliere il legato, questo per lui è un guadagno; in quanto al trasferimento poi che importa a lui, che il legato sia trasferito ad uno piuttosto che ad un altro? La pena è pel legatario, al quale vien tolto il legato o per esser trasferito ad altri, o per esser del tutto annullato. Al legatario dunque è imposta la condizione. Ma in tal caso non è questa una condizione ordinaria? Non è libero il testatore di apporre alla sua liberalità quella condizione che più gli pare, *salvo* al legatario di vedere se gli convenga di accettare, o no? E se anche in tal caso si decida che l' intenzione particolare del testatore di dare una pena, un mezzo di costringimento, dia al legato un carattere particolare, come si potrà più distinguere se si tratta d'una condizione ordinaria, o d' una pena? In questo caso la distinzione diveniva veramente sottile o dubbiosa ed a ciò si applica più particolarmente l' osservazione di Marciano: » *Poenam a conditione voluntas testatoris separat: et (an) poena, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet; idque divi Severus et Antoninus rescripserunt* (2)». Questo è il solo frammento che ci sia pervenuto degli antichi giureconsulti, in cui si ragiona di *trasferimento*, ma in nessuno si fa parola di *rivocazione* (3). Tutti parlano unicamente del legato, della libertà,

(1) Cod. 6. 41. — (2) D. 34, 6, 2, f. Marcian. — (3) Supponete un legato rivocato o trasferito in questa maniera: « Lego cento a Primo, e se egli non beve tutta l' acqua del Tevere, se non uccide Gaio, trasferisco il legato a Secondo, ovvero rivoco il legato. » Queste condizioni impossibili, o contrarie alle leggi non saranno considerate come non iscritte, ma in conformità delle regole sulle disposizioni a titolo di pena renderanno nulla la rivocazione, o il trasferimento che vi subordinato.

dell' istituzione di erede, o del fedecommesso a titolo di pena, rispetto ai quali il carattere è ben distinto, nè vi può esser luogo a dubbio alcuno.

TITULUS XXI.

DE ADEMPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM (1).

TITOLO XXI.

DEL TORRE E TRASFERIRE I LEGATI.

Noi possiamo render generale l'argomento di questo titolo, e trattare delle diverse maniere in cui si rendono invalidi i legati, materia che corrisponde a quella già innanzi esposta per i testamenti (pag. 358).

Un legato al quale manca qualcuna delle condizioni indispensabili alla sua esistenza, come capacità, forma, natura della cosa legata o altre, di cui già abbiam cognizione, è nullo da principio. Ma può accadere talvolta che de' legati a principio regolarmente fatti, si trovino di poi indeboliti ed invalidi: La rivocazione (*ademptio*), il trasferimento (*translatio*), ed altri avvenimenti ancora sogliono produrre questo effetto.

Ademptio legatorum, sive *eodem testamento* adimantur legata, *sive codicillis* firma est: *sive contrariis verbis* fiat ademptio, veluti si quod ita quis legaverit: DO LEGO, ita adimatur: NON DO NON LEGO; sive non contrariis, id est aliis quibuscumque verbis.

La rivocazione de' legati *nel medesimo testamento*, o ne' codicilli è valida e ferma, e tanto se facciasi *con parole contrarie*, come sarebbe se alcuno, quel che ha legato in questa maniera: DO LEGO, togliesse di poi in questo modo: NON DO NON LEGO, quanto con parole non contrarie, cioè con qualunque altra forma di parole.

Eodem testamento: Perciocchè se si trattasse d'un altro testamento posteriore, la sua semplice esistenza renderebbe nulli non pure i legati, ma tutto quanto il primo testamento, non potendo alcuno avere due testamenti.

Sive codicillis: Perchè vi possono essere più codicilli che si rannodano ad un medesimo testamento.

Sive contrariis verbis: Nel tempo ch'era in voga la solennità delle formole, i legati creati con questa solennità doveano

(1) D. 34. 4. *De adimendis vel transferendis legatis.*

nella medesima forma esser rivocati. E però Ulpiano dice: « *Legatum quod datum est adimi potest . . . dum tamen eodem modo adimatur , quo modo datum est* » (1). Se dunque si tratta d' un legato dato *per vindicationem* con la formola DO LEGO , sarà necessaria per rivocarlo la formola contraria , NON DO NON LEGO. Se la rivocazione è stata espressa in altra forma , il legato, secondo il dritto civile , continua ad esser valido, ma se il legatario si fa a domandarlo , potrà esser respinto con l' eccezione di dolo (2). Sotto Giustiniano , essendo la solennità delle parole interamente tolta via, il testo dice non esser più necessario che la rivocazione si faccia con termini contrari , poco importa l' espressione, purchè sia abbastanza chiaro della volontà. La rivocazione può farsi o puramente e semplicemente , o sotto condizione. In quest' ultimo caso il legato da puro e semplice che era divien condizionale , come se fosse stato fatto sotto la condizione contraria a quella della rivocazione (3).

La rivocazione può non pure essere espressa , ma risultare eziandio da' fatti. Tal' è il caso in cui il testatore ha cancellato la disposizione (*inducere quod scriptum est*) (4). Se egli distrugge la cosa , se si fa pagare il credito , che avea legato , o mette la cosa fuori commercio , per esempio , se la rende sacra o religiosa , se dà la libertà allo schiavo lasciato in legato : non vi è precisamente rivocazione ; il legato non esiste più , perchè non vi è più la cosa che ne formava l' oggetto (p. 449). Ma se il testatore aliena la cosa , noi abbiam veduto , che vi ha , secondo i casi , rivocazione indiretta (pag. 443). Finalmente la rivocazione può anche dedursi per presunzione da talune circostanze : per esempio se son sopravvenute delle inimicizie capitali tra il testatore ed il legatario (5) ; ovvero se il testatore per una scrittura posteriore ha aggiunto alla sua disposizione qualche nota ingiuriosa contro il legatario (6).

I. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita di-

1. Si può parimenti trasferire il legato da una persona ad un altra come

(1) Ulp.Reg.24§ 29 e 2. § 12.—(2) Ved. la parafrasi di Teofilo *hic*.—(3) Dig. 35. 1. 107. f. Gai. — 34. 4. 10. f. Julian. —(4) D. 34. 4. 16. f. Paul.—(5) D. 34. 4. 3. § 11; 4. f. Ulp. ; 22. f. Papin. ; 31. § 2. f. Scaev.— (6) Ivi 13. f. Marcian.; 29. f. Paul.

rit. Hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego; sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur, et Seio dari.	se alcuno dicesse: Do lego a Seio lo schiavo Stico che prima io aveva lasciato a Tizio, e ciò vale quantunque si faccia o nel medesimo testamento, o nel codicillo. Nel qual caso pare che il legato sia nel tempo medesimo tolto a Tizio, e dato a Seio.

Il trasferimento del legato si può fare in quattro maniere, dice il giureconsulto Paolo: o da un legatario ad un altro (*a persona in personam*); o da un erede gravato del legato ad un altro erede che ne sarà gravato in luogo del primo (*ab eo qui dare jussus est ut alius det*); o da una cosa ad un' altra (*cum res pro re datur*); o da ultimo dando sotto condizione ciò che si era dato puramente e semplicemente (*quod pure datum est transfertur sub conditione*) (1); vale a dire in somma pel mutamento di legatario, di erede, di cose, o di modalità nella disposizione; il che corrisponde in fatto alla novazione in materia di obbligazione. In questi quattro casi il primo legato è tacitamente rivocato per la sostituzione d' un altro, ma gli effetti non sono identici.

Il testo quì fa parola soltanto del primo di cosiffatti trasferimenti. Il legato passa da un legatario all' altro con tutt' i suoi accessori, modalità, e pesi (*cum sua causa*) (2). Se il secondo legatario è, o diviene incapace, o se rifiuta il legato, ciò non impedisce la rivocazione del primo, perchè ciò non toglie che il testatore non abbia avuto la volontà di rivocarlo (3). Del resto potrebbe darsi che il testatore avesse voluto fare non già un trasferimento, ma una sostituzione, o una congiunzione di legatari; e però bisogna ben indagare la sua intenzione ed attenersi alla sua volontà (4).

Quando il trasferimento ha avuto luogo riguardo alle cose, avendone il testatore legata una nuova in cambio della prima, se la seconda non è stata validamente legata, il legato della prima sussiste, perchè quì l' intenzione del testatore non è stata di privare d' ogni liberalità il suo legatario (5).

(1) D. 34. 4. 6. f. Paul. — (2) Ivi 24. pr. f. Papin. — 35. 1. 95. f. Hermog. — 34. 1. 13. pr. f. Scaev. — (3) D. 34. 4. f. Julian. e 20. f. Pomp. — 30. 1° 34. pr. f. Ulp. — (4) D. 30. 1° 33. f. Paul. — Cod. 6. 37. 6. e 7. const. Anton. — (5) Arg. D. 32. 3° 18. f. Pomp.

Il legato valido da principio, ed a riguardo del quale non è sopravvenuto alcun mutamento di volontà del testatore, può nondimeno estinguersi e svanire. Questo ha luogo (*legatum extinguitur*): 1° se il testamento, dal quale dipende il legato, diviene invalido per qualunque si sia cagione (*ruptum*, *irritum*, *o destitutum*); perciocchè la sorte de' legati è congiunta a quella dell' istituzione di erede (p. 471); 2° se il legatario muore, o cessa di aver la fazione di testamento prima che il suo dritto resti fissato (prima del *dies cedit*) (pag. 421); 3° se la cosa legata perisce, o cessa di essere in commercio (p. 449). Cioè in difetto di erede, di legatario, o di cosa legata: nel primo caso non vi ha debitore; nel secondo non vi ha creditore; nel terzo non vi ha oggetto dovuto. Finalmente il legato può ancora esser rivocato, o tolto al legatario (*legatum ereptitium, legatum aufertur*, *eripitur*) per causa d' indegnità (1).

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege XII. Tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset, UTI LEGASSIT SUAE REI ITA JUS ESTO), visum hanc est legandi licentiam coarctare. Idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestato moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam

TITOLO XXII.

DELLA LEGGE FALCIDIA (2).

Resta ora che si ragioni della legge Falcidia per la quale si è imposto ultimamente un certo termine a' legati. Perciocchè essendo già per i tempi addietro data libera facoltà a ciascuno per la legge delle XII. Tavole, di lasciar in legati anche tutto il patrimonio (essendochè per quella legge era ordinato in questa maniera: QUEL CHE CIASCUNO PER LEGATI AVRA' DISPOSTO DEL SUO AVERE, SI ABBIA COME LEGGE, si è giudicato esser ben fatto a restringere cosiffatta licenza, e ciò si è provveduto per rispetto de' testatori, per-

(1) D. 34. 9. *De his quae ut indignis auferuntur.* — Cod. 6. 35. *De his quibus ut indignis hereditates auferuntur.* — Noi ritorneremo su quest' argomento. — (2) FONTI: Avanti Giustiniano: Gai. 2. §§ 224, e seg.— Ulp. Reg. 24. § 32. — Paul. Sent. 3. 8. *Ad legem Falcidiam.* — Sotto Giustiniano: D. 35. 2. *Ad legem Falcidiam*; e 3. *Si plus quam per legem Falcidiam* etc. — Cod. 6. 50. *Ad legem Falcidiam.* — Novel. 1. c. 2. *De lege Falcidia et inventario.* — Dopo Giustiniano: Basiliche lib. 41. περὶ φαλκιδίου. (della Falcidia).

lex Furia, quam *lex Voconia* latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est *lex Falcidia*, qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem totorum bonorum, idest ut sive unus heres institutus esset, sive plures apud eum eosve pars quarta remaneret.

chè molti di loro per lo più morivano intestati, non volendo gli eredi scritti per niente o per poco guadagno accettar l'eredità. Ed essendo sopra questo fatto uscite fuori tanto *la legge Furia*, quanto *la legge Voconia*, delle quali nè l'una, nè l'altra supplisce abbastanza a quel che bisogna in questa materia, ultimamente è venuta fuori *la legge Falcidia*, per la quale si è provveduto che non sia lecito lasciar in legati più di nove once di tutta l'eredità, cosicchè o sia uno, l'erede istituito, o più rimanga sempre all'erede o agli eredi la quarta parte.

Lex Furia: sopranuominata *testamentaria*; il più antico de' tre plebisciti (1), che si pone, per ipotesi, nell'anno 571. di R. 183 avanti G. C. e del quale Gaio ci fa conoscere le disposizioni in questi termini: *Qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est.* » Al che egli aggiugne che questa legge non otteneva il suo fine, perciocchè nulla impediva che il testatore non moltiplicasse il numero de' legati di mille assi fino ad esaurire tutta quanta l'eredità (2).

Lex Voconia detta eziandio *testamentaria* plebiscito posteriore al precedente che è posto ipoteticamente nell'anno 585 di R. 169 avanti G. C. Gaio ce ne fa conoscere le disposizioni per quanto si appartiene all'argomento di cui ragioniamo, in questi termini: » *Qua cautum est ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.* » Disposizione, aggiugne il giureconsulto, che presenta un vizio somigliante al primo; perciocchè nulla impediva che il testatore non moltiplicasse siffattamente il numero de' legati che ciascuno avesse una minima porzione, alla quale l'erede poteva in questa guisa esser ridotto (3).

(1) Questo punto non ammette dubbio: Cic. *Pro* Balbo 8; Gai. 2. § 226; Theoph. nella sua parafrasi *hic.* — (2) Gai. 2. § 225. e 4. § 23; e dopo lui Teofilo *hic.* — (3) Gai. 2. § 226. e Teofilo *hic.* — Questo plebiscito è probabilmente il medesimo che avea colpito le donne d'una certa incapacità di ricevere, o di essere istituite eredi per testamento. Cic. de'Senect. 5. — *In Ver.* 1. 43. — Gai. 2. § 274. — Paul. Sent. 4. 8. § 22. (e qui sopra p. 317).

Lex Falcidia : plebiscito che precedè di pochi anni la morte di Cicerone (714. di R. 40. di G. C.) (1).

Si sentirà l' importanza di questa legislazione stabilita con incertezza , e per così dire a tentone , quando si ponga mente che nel sistema romano il legatario non è altro che un acquirente di beni ; che il solo erede continua la persona giuridica , e che l' esistenza di tutte le disposizioni testamentarie dipende da *lui* : se egli ripudia l' eredità , tutto svanisce e si fa luogo alla successione *ab intestato* : Adunque era di sommo interesse che l' erede non si trovasse ridotto ad uua porzione così piccola da non volere l' eredità. Anche il tesoro pubblico vi era interessato per una notabile parte : l' imposta sui testamenti che erasi a quel tempo già stabilita, e che era abbondantissima fonte di entrate, svaniva se il *testamento* veniva meno. L' interesse fiscale adunque entrava per buona parte nella legge Falcidia (2).

Le disposizioni di questa legge fatta da principio solamente pe' legati furono estese di poi da prima dal Senato-consulto Pegasiano alle eredità fedecommessarie , ed ai fedecommessi , de' quali l' erede istituito poteva esser gravato (3) ; quindi da un *rescritto* di Antonino Pio ai fedecommessi imposti all' erede *ab intestato* ; più tardi per vigora d' nn rescritto di Severo e di Antonino alle donazioni a causa di morte (4) ; di poi alle donazioni tra i conjugi (5). Tutte cosiffatte liberalità furono soggette alla prescritta ritenuta. Da ultimo *introdotta in un' altra materia* l' idea della legge Falcidia diè origine alla teorica della porzione legittima che noi di già abbiamo esposta (pag. 371).

Questa parte riserbata all' erede dalla legge Falcidia è detta generalmente ne' comentarii quarta Falcidia; ma i Romani la chiamano sempre semplicemente la quarta (*quarta*) , ovvero la Falcidia (*Falcidia*).

1. Et cum quaesitum esset duobus heredibus institutis , veluti Titio , et	1. Si era ricercato se , essendo istituiti due eredi , come sarebbe Tizio e

(1) Dione Cass. 48. 33.—(2) V. qui appresso tit. 23. § 5. — Gai. 2. §§ 254, e 256. — (3) D. 35. 2. 18. f. Paul.—Qui la legge Falcidia è applicata alle eredità *ab intestato* : si vede com' essa è deviata dal suo scopo primitivo. — (4) C. 6. 50. 5. const. Alex. 8. 57.2. const. Gordian.—Dig. 39. 6. 27. f. Marcian.—(5) D. 24. 1. 32. § 1.—Cod. 6. 50. 12. const. Diocles. e Maxim.

Seio si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quae nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quae partem ejus dumtaxat in partem dimidiam minuant, an quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quae ab eo relicta sunt retinere liceat, ut quartam partem suae partis salvam habeat? placuit posse retinere. Etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est.

Seio, ed essendo tutta la parte di Tizio gravata o ridotta a nulla per i legati che egli a ciascuno avesse nominatamente a dare, mentre quella di Seio era intera non vi essendo legati o essendovi, era solamente ridotta alla metà, fosse lecito a Tizio ritener tanto de' legati che avesse intera la quarta parte, quantunque Seio già avesse la quarta parte o più di tutta l' eredità, e piacque che egli potesse ritenerla; perciocchè la legge Falcidia debbe aver luogo in ciascuno degli eredi separatamente.

Abbiam veduto sotto il paragrafo precedente su' quali liberalità cade la riduzione della legge Falcidia, ora qui è a vedere a chi ne appartenga il dritto.

All' erede sia testamentario, sia *ab intestato*, secondo che qui sopra abbiam detto. Ma giammai a' legatari, nè a fedecommessari sui fedecommessi, di cui per avventura fossero gravati (1). L'origine medesima della legge Falcidia vi ripugna: fatta che sia una volta l' adizione dall' erede, ogni volontà del defunto trovasi consolidata (*rata constituitur*) (2).

Ma se vi sono più eredi gravati differentemente, che cosa è a decidere? Siffatta è la questione che il nostro testo propone; e la risoluzione è semplicissima: ciascuno di essi debbe aver la quarta della sua parte, senza brigarsi di quella degli altri. Sicchè bisogna tener ragione di ciascuna parte isolatamente facendo astrazione dalle altre: » *In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur* (3) ». Se nondimeno uno di questi eredi venga a mancare la sua porzione si accresce agli altri; ed allora come procederà la cosa? restano separate le quar

(1) D. 35. 2. 47. § 1. f. Ulp.—(2) Questa è la ragione che allega lo stesso Papiniano. D. 36. 1. 55. § 2. f. Papin.; 22. § 5. f. Ulp.—Ved. nondimeno 35. 2. 32. § 4. f. Marcian. Ma qui non si tratta della quarta del legato: si tratta di ripartire equamente la ritenuta che l' erede ha fatta.—(3) D. 35. 2. 77. f. Gai. Questa fu un innterpetrazione giudiziosa, ma forse estensiva della legge Falcidia; perciocchè essa oltrepassava il suo fine. Basta che uno degli eredi accetti perchè il testamento resti valido, che importa adunque che ve ne sia qualcuno, il quale non essendo contento della sua porzione, rinunzi?

te, o pure si confondono? Si dee distinguere: 1° Se la parte gravata si accresce a quella che non è gravata, quest'ultima rimane intatta come per l'innanzi, e la quarta si deduce solamente dalla porzione gravata; 2° se le due parti riunite sono amendue gravate, è a dire il medesimo, si continua a fare il computo sopra ciascuna separatamente; 3° ma se la parte non gravata si accresce a quella che è gravata, siccome vi è tutto profitto, le due parti si confondono, e la quarta si ritiene sull'intero (1).

II. Quantitas autem patrimonii ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si verbi gratia is qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit nihil legatariis prodest si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati ut centum (aureis) legatorum nomine erogatis, heres quartam (partem hereditatis) habiturus sit; sed necesse est ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum ut non amplius quam septuaginta quinque (aureorum substantia) vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem. Quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento, nihil consequantur cum herede in portionem pacisci.

2. E la quantità del patrimonio, alla quale ha riguardo la legge Falcidia si considera nel tempo della morte. Laonde se alcuno per esempio, che ha cento soldi d'oro di patrimonio ne lascerà in legato cento, non giova nulla ai legatari se innanzi che s'accetti l'eredità per mezzo degli schiavi dell'eredità, o del parto delle schiave, o del bestiame s'accrescesse tanto l'eredità, che, pagati cento soldi d'oro *pei legati*, l'erede fosse per aver la quarta parte dell'eredità; ma è necessario che non ostante questo si cavi la quarta parte da' legati. E per il contrario se egli avrà lasciato in legato settantacinque soldi d'oro, ed innanzi che sia accettata l'eredità i beni siano tanto menomati, forse per incendii, per naufragi, o per morte degli schiavi, che la facoltà non sia più non che settantacinque, o anche meno, i legati son dovuti per intero. E per questo non è che l'erede ne abbia danno, essendochè egli è libero di accettare o non accettare l'eredità. La qual cosa opera che a' legatari sia necessario venire a patti con l'erede, acciocchè essi non perdano i legati, se l'erede per avventura non volesse accettare l'eredità.

Qual'è il tempo a cui si dee aver riguardo per estimare

(1) Gai. 35. 2. 78. f. Gai.

comparatamente il valore del patrimonio e quello de' legati? Per determinare se questi oltrepassano o no la quantità stabilita dalla legge, e di quanto debbono esser menomati? Tal' è la quistione del presente paragrafo. La risposta è che si dee aver riguardo al momento della morte del testatore. Così si prende in astratto il patrimonio ed i legati quali erano a quel tempo, si lascian da banda ma fittiziamente, e solamente pel computo (1) gli accrescimenti, o diminuzioni, o anche le perdite totali, che dopo quel tempo avesse per avventura provato sia il patrimonio, sia i legati: e su questa valutazione retroattiva si computa la quarta, senza brigarsi de' fatti posteriori.

Ma perchè si è così determinata la Falcidia dalla morte del testatore, e non dal momento dell' adizione? L'idea del principio che i legati si fissano generalmente alla morte si accorda bene fino ad un certo punto con l'epoca della legge Falcidia: infatti al momento che il dritto è fissato (*dies cedit*) debbesi giudicar dell' estensione del legato. Nondimeno questo principio non domina quì interamente; perciocchè questa valutazione al tempo della morte si fa indistintamente per tutti i legati (comechè ve ne fossero per avventura di quelli, rispetto ai quali il *dies cedit* sopraggiunge più tardi. Fuor di dubbio la ragione della legge Falcidia nel riguardar l'epoca della morte è stata che l' estensione delle liberalità permesse al defunto dovea esser fissata in modo invariabile rispetto a lui, ed indipendentemente dal più o meno di tempo che indugiassero i suoi eredi ad accettare l' eredità. Ma da ciò è seguito che lo scopo della legge ha potuto in certi casi venir meno. In fatti al momento dell'adizione ha interesse l'erede di valutare il patrimonio ed i suoi pesi, per vedere se non gli torni meglio di rinunziare. Se dunque le diminuzioni fosser tali, che l' erede avesse deliberato di rinunziare, i legatari, che così corron pericolo di perdere i loro legati, per non rimanerne

(1) Sarebbe grave errore il prendere questa astrazione fittizia per una cosa seria. Essa non impedisce che nel fatto il patrimonio ereditario, o i legati non profittino, o abbiano danno ciascuno secondo le regole già esposte (p. 449 e seg.) per gli aumentamenti, deteriorazioni o perdite totali sopravvenute di poi. Solamente, non si tien ragione di cosiffatte modificazioni nel calcolo della Falcidia.

del tutto privi dovrebber venire a patti con lui. Questa è l'idea che trovasi espressa nella fine del nostro testo.

III. Cum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum; item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars ad heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si quingenta legaverit initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahi debet quod extra quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere debet.

3. Ma per ridurre le cose alla ragion della legge Falcidia da prima si levano i debiti, le spese fatte ne' funerali, ed i prezzi degli schiavi fatti liberi, e poi di quel che resta si fa in modo che l' erede ne abbia la quarta parte, e le altre tre parti si distribuiscano tra i legatari a proporzione di ciò che a ciascuno è stato lasciato. Laonde se per esempio noi fingeremo che siano stati lasciati in legato quattrocento soldi d' oro, e che il patrimonio, dal quale si hanno a cavar i legati, sia di quattrocento, si dovrà torre la quarta parte a ciascuno de' legatari. Ma se figuriamo che fossero lasciati in legato cinquecento soldi d'oro, a principio si dee torre la quinta parte, e poi la quarta, perciocchè si dee dedurre prima quel che è fuor della quantità del patrimonio, e dipoi quel che dee rimaner di quei beni presso l' erede.

Come si fa il calcolo? Questo è il soggetto di cui quì si tratta.

Aes alienum. I debiti del defunto: l' espressione è energica questi sono la facoltà, i beni di altri, quindi è mestieri separarli dal patrimonio.

Funeris impensas. I funerali del testatore, del comune benefattore, è giusto che tutti vi concorrano.

Pretia servorum manumissorum: Essi diverranno liberi per l' adizione, ovvero per la manomissione solamente, se si tratta di libertà fedecommessaria; dunque al momento della morte sono ancora ne' beni; nondimeno è mestieri che se ne faccia la deduzione, perciocchè sono per uscirne per l' acquisto della libertà. Siffatte liberazioni sono de' legati, delle liberalità del defunto, ma sfuggono alla Falcidia, perchè la loro medesima natura non comporta alcuna possibilità di riduzione.

Del resto il calcolo, se supponiamo de' legati condizionali, de' legati a termine, de' legati annuali, o vitalizi, de' legati che consistono nel fare o non fare, e diverse altre circostanze, presenta, numerose difficoltà, necessità di apprezzi, quistioni ardue, sulle quali l' ingegno sottile de'giureconsulti romani erasi maravigliosamente esercitato; ma quì sarebbe troppo lungo a volerle esporre (1).

La legge Falcidia non si applicava a' testamenti de' soldati (2), nè in taluni altri casi privilegiati o eccezionali. Giustiniano medesimo con una Novella, diede al testatore il dritto di vietarne espressameute, o tacitamente l' applicazione (3).

TITULUS XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius est ut de hereditatibus fideicommessariis videamus.

TITOLO XXIII.

DELLE EREDITA' FEDECOMMESSARIE (4).

Ora passiamo a' fedecommessi, ma vediamo prima la materia delle eredità lasciate per fedecommesso.

I fedecommessi corrispondono in certa guisa o alle istituzioni di erede, o a' legati. Alle istituzioni d' erede, allorchè hanno per oggetto l' eredità o una quota dell' eredità, ed allora dicesi nel dritto romano eredità fedecommessaria (*fideicommissaria hereditas*), e nel linguaggio moderno de' commentatori fedecommesso universale. Ai legati, allorchè hanno per oggetto una cosa diversa da una quota dell' eredità, per esempio, una cosa particolare e determinata sia nel suo genere, sia nella sua specie, o eziandio una universalità, come un peculio, un gregge. Ciò dicesi in dritto romano fedecommesso d' una cosa particolare (*fideicommissum singulae rei*), ed i comentatori per ragione di brevità l' appellano fedecommesso particolare. Nel primo caso il testatore

(1) Ved. il titolo speciale sulla materia D. 35. 2 —D. 35. 2. 17. f. Scaev.; 92. f. Macer.; 96. f. Scaev.—(3) Nov. 1. c. 2. § 2.—(4) FONTI *Avanti Giustiniano* : Gai. 2. §§ 246, e seg. — Ulp. Reg. 25. *De Fideicommissis*; 2. *De Sen. cons. Trebell.*; 3. *De Sen. cons. Pegas.*; 4. *De repud. hereditate.* — *Sotto Giustiniano* : Dig. 36. 1. *Ad Sen. cons. Trebel.* — Cod. 6. 49. *Ad Sen. cons. Trebell.*

fa un erede fedecommessario in cambio d'un erede civile, nel secondo, un fedecommessario d'oggetti particolari in cambio d'un legatario.

Il testo dee trattar da prima delle eredità lasciate per fedecommesso. Ma il paragrafo che segue espone preliminarmente l'origine storica de' fedecommessi.

1. Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo FIDEICOMMISSA appellata sunt, quia nullo vinculo juris sed tantum pudoris eorum qui rogabantur continebantur. Postea divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia *per ipsius salutem rogatus* quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur, *et populare erat*, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem FIDEICOMMISSARIUM appellabant.

1. Si ha dunque a sapere che nei tempi andati i fedecommessi non avean forza; perciocchè niuno era costretto, non volendo, a dar quello di che era stato pregato. In fatti se alcuno voleva lasciar legati, o eredità a coloro ai quali non poteva esser lasciata nè eredità nè legati, lo commetteva alla fede di qualcuno che fosse capace di ricever per testamento. E però son appellati FEDECOMMESSI, giacchè cosiffatti lasci consistevano non per alcun legame di dritto ma solamente per la fede di coloro i quali eran pregati. Dipoi il divino Augusto per il primo una e più volte mosso o per riguardo *delle persone*, o perchè si dicesse il testatore aver pregato gli eredi di restituir l'eredità *facendoli giurare per la salute dell'imperadore*, o per la grande perfidia di talune persone, comandò a' consoli che vi dovessero interporre la loro autorità. Il che parendo giusto, ed *essendo caro al popolo*, a poco a poco divenne assidua giurisdizione, e la cosa cominciò di maniera ad esser favorita, che fu fatto un Pretore spezialmente a questo, il quale dovesse render ragione intorno ai fedecommessi, e che però fu detto FEDECOMMESSARIO.

Il cittadino, il quale voleva disporre della sua eredità trovavasi ristretto pel dritto civile tra certi determinati confini. Egli non poteva altrimenti disporre che per testamento, con le formole consacrate, e nella lingua nazionale, in latino (1). Era ne-

(1) Ulp. Reg. 25. § 9.

cessario innanzi tutto che vi fosse un erede istituito, un erede da lui creato con la sua legge particolare, il quale fosse per conseguenza tenuto di eseguire i suoi comandi. Quanto all'erede *ab intestato*, il quale riconosceva il suo titolo, ed i suoi dritti unicamente dalla legge generale, il defunto non avea dritto di comandargli cosa niuna, come del pari niun comando poteva dare a'legatari od a qualunque altro, fuorchè all'erede testamentario. Finalmente il cerchio di coloro, ai quali poteva estendere le sue liberalità, era eziandio ristretto. Voleva egli donare ad uno straniero abitante delle province romane, il quale era forse suo amico, suo benefattore, suo cognato, ma non godeva de' dritti di cittadinanza, o ad una donna cittadina nelle congiunture in cui la legge Voconia proibiva le liberalità testamentarie in favore di loro? (V. quì sopra p. 317)? ad un proscritto, al quale la legge Cornelia vietava di donare per testamento (1)? ad un postumo estraneo, o ad altra persona incerta, come le municipalità, i collegi, i poveri, gli Dei? Egli nol poteva (p. 303 e 317). Di poi cominciando dall'impero di Augusto vennero le leggi Ælia Sentia, Junia Norbana, Julia e Papia Poppæa, le quali crearono nuove e numerose classe d'incapaci: i libertini dediti-zi, i Latini Giuniani, i celibi (*caelibes*), i cittadini senza figliuoli (*orbi*). Notate che queste ultime leggi, le quali troppo spesso si allegano tra le ragioni per le quali l'uso de' fedecommessi fu introdotto, furono molto posteriori all'introduzione di cosiffatto uso, perciocchè esse son contemporanee, o anche posteriori alla sanzione data a' fedecommessi per l'autorità di Augusto.

In questo stato di cose quel che non si poteva comandare, si richiedeva a modo di preghiera; si confidava alla buona fede. Si pregava l'erede in atti diversi dal testamento, per evitare l'obbligazione di rifare per una sola disposizione il testamento già fatto, ovvero perchè non se ne avea la possibilità; si pregava per lettere, o con parole, in latino o in greco, ciò poco importava; si pregava il legatario, tutti coloro ai quali facevasi una liberalità, ed anche l'erede *ab intestato*. Si istituiva un cittadino capace, o a lui si faceva un legato, pregandolo di restituire ad un incapace l'eredità o una quota, o un oggetto particolare. Se queste

(1) Cic. *In Verr.* II. 1. 47.

disposizioni si fosser comandate con termini imperativi, questo non sarebbe stato un comando, giacchè non si avea il drito di darlo; sarebbe stato un fedecommesso, cioè cosa commessa alla fede solamente di colui, al quale alcuno si era indirizzato. Per istringer viemaggiormente questa fede si faceva giurare la persona incaricata del fedecommesso; si faceva giurare per Giove, pei Lari, per qualche nume domestico, o pubblico, per la propria salute, e sopravvenuta di poi l' adulazione imperiale, per la salute, pel genio del principe (*per salutem; per genium principis*) (1); e questo era un legame di coscienza, di religione, ma non ancora un legame di dritto.

Per tanto al tempo di Cicerone l' uso de' fedecommessi da lunga stagione introdotto avea l' assentimento comune. Ne' consigli di amici, che in Roma frequentemente si convocavano, si riprovavano solamente que' fedecommessi ch' eran contrari al testo delle leggi (2), e gli uomini dabbene aveano avviso che si avessero ad eseguire eziandio questi ultimi (3); gli stessi pretori biasimavano coloro, che profittavano, per sottrarsene, del rigore delle leggi (4). Augusto adunque interponendo la sua autorità non fece che cedere all'opinione generale e secondarla. Il testo sufficientemente ci manifesta il suo motivo: il provvedimento era popolare (*quia et populare erat*). Del rimanente non si creda che il dritto de' fedecommessi si fosse allora stabilito con un senato-consulto, o con una costituzione. Noi intendiamo dal testo che fu solamente una conferma tutta di autorità; da prima un intervento speziale pel tale, o tal'altro caso più favorevole, comandando l'imperadore ai consoli di interporre la loro autorità (5); di poi la creazione d' un potere eccezionale, d' una giurisdizione permanente, ma straordinaria, d' un pretore particolare, ed eccezionale per far rispettare i fedecommessi. E però questi atti non conferivano alcun' azione di dritto civile, da giudicarsi secondo il procedimento ordinario delle azioni; ma davano solamente il dritto d' indirizzarsi al pretore fedecommessario, il quale decideva da se medesimo *extra ordinem* (6).

(1) Cic. in Verr. II. 1. 47. — Plin. Ep. X. 67. — D. 31. 2° 77. § 23. f. Papin. — 12. 2. 13. § 6 e 33. f. Ulp. — (2) Cic. *In Verr.* II. 1. 47. — (3) Cic. *De finib. bonor.* II. 17. 18. — (4) Cic. in Verr. II. 1. 47. — (5) Vico: *De universi juris principio et fine uno*, lib. 1. § CCIX. t. 3. p. 144. edizione di Milano. — (6) « *Fideicommissa*

Per ipsius salutem rogatus: questo è il giuramento di cui abbiam parlato nella pagina precedente.

Ob insignem quorumdam perfidiam: per esempio se uno schiavo fatto libero ricusasse di restituire al suo padrone un fedecommesso, malgrado il giuramento che ne avesse prestato al defunto (1).

In assiduam jurisdictionem: L'intervenzione dell'autorità, che da prima era speciale per tale o tal altra faccenda, convertita di poi in giurisdizione *ad hoc* ma temporanea, per una sola epoca dell'anno, e delegata esclusivamente a' magistrati di Roma, fu infine stabilita come giurisdizione permanente, ed estesa eziandio nelle province.

Allorchè i fedecommessi furono sanzionati come atti a generare un dritto, non s'indugiò punto a regolarli. Così per vigore del senato-consulto PEGASIANO (sotto Vespasiano) furono sottoposti, rispetto alle istituzioni ed a' legati, alle disposizioni delle leggi GIULIA e PAPIA PPPPEA contro i *caelibes* e gli *orbi* (2). Parimente un senatoconsulto al tempo di Adriano vietò che si lasciassero a' *peregrini*, o a persone incerte, o a postumi estranei (3).

Noi abbiam veduto eziandio che si disputò tra' giureconsulti, se tali o tali altre espressioni fosser sufficienti a costituire un fedecommesso (p. 418 nota 1.) (4). Ma rimase sempre fermo il principio, che essi traggono l'origine non dal rigore del dritto civile, ma dalla volontà del defunto: » *Non ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis* (5) »; e che in conseguenza debbono essere eseguiti più largamente.

II. In primis igitur sciendum est opus esse ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat: *alioquin inutile est testamentum*, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit: LUCIUS TITIUS HERES ESTO, poterit adjicere: ROGO TE LUCI TITI, UT CUM PRIMUM POSSSIS HEREDI-

2. Si ha dunque primieramente a sapere che egli è necessario che qualcuno sia rettamente istituito erede nel testamento, e che si commetta alla sua fede ch'egli restituisca quell'eredità ad un altro, altrimenti il testamento, nel quale non sia istituito un erede, è inutile. Quando dunque qualcuno avrà scritto: LUCIO TIZIO SIA EREDE, può aggiugne-

non per formulam petuntur, ut legata; sed cognitio est Romae quidem consulum, aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur; in provinciis vero praesidum provinciarum. » Ulp. Reg. 25. § 12. — Gai. 2. § 278.— (1) Cic. *In Verr.* II, 1. 47.—Suet. Claud. 23.—Gai. 2. §§ 278 e 279.—(2) Gai. 2. § 286. — (3) Ivi 285, e 287.—Ulp. Reg. 25. § 13.—(4) Paul. Sent. 4. 1. § 6.—(5) Ulp. Reg. 25. § 1.

TATEM MEAM ADIRE, EAM GAIO SEIO REDDAS, RESTITUAS. Potest autem quis et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

re: Io ti prego o Lucio Tizio, che come prima tu possa accettar la mia eredità, la renda a Gaio Seio. Puossi eziandio pregar l'erede che ne renda una parte. Ed è in libertà di ciascuno lasciar il fedecommesso o semplicemente, o sotto condizione, o per certo dì.

Alioquin inutile est testamentum: Senza istituzione di erede non vi è testamento: ma ciò non impedisce, come vedremo fra poco al § 10, che non si possano gravar di fedecommessi anche gli eredi *ab intestato*.

Chiamasi *fideicommittens* colui che fa il fedecommesso; erede fiduciario (*fiduciarius*) chi è incaricato di restituire; ed in fine fedecommessario (*fideicommissarius*) colui al quale debb' esser restituito.

III. Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, *nihilominus heres permanet*; is vero qui recipit hereditatem *aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur.*

3. Renduta l'eredità, colui che rende *resta nondimeno erede*, ma colui che ha ricevuto l'eredità, *qualche volta si ha in luogo di erede, e qualche volta in luogo di legatario.*

Nihilominus heres permanet: ecco il principio del dritto civile. Non è erede o continuatore della persona giuridica del defunto se non colui al quale questa parte è stata conferita sia della legge generale delle successioni *ab intestato*, sia dalla legge particolare di un testamento conforme a tutte le prescrizioni del dritto civile. Egli solo ha questo titolo, e le azioni tanto attive che passive le quali risedevano nella persona del morto.

Allorchè questo principio sussisteva nella sua integrità in qual maniera si ovviava alle sue conseguenze? Supponiamo che in virtù d' un testamento un eredità sia stata restituita in tutto, o in parte: non ostante questa restituzione il fiduciario non resta meno erede, egli solo può perseguitare i debitori, egli solo può esser perseguitato da' creditori: or in che modo si perverrà a far sopportare al fedecommessario la sua parte de' debiti ereditari, ed a farlo profittare della sua parte de' crediti? Vi si giugneva per via di accomodamenti e di stipulazioni tra lui, e l' erede. In fatti si ricorreva alla finzione di una vendita. L' erede faceva al fedecommessario

la vendita finta dell' eredità per un solo pezzo di moneta (*nummo uno*) ; ed allora intervenivano tra loro le stipulazioni che si avea in costume di fare tra il venditore , ed il compratore d' un eredità : l' erede stipulava da colui al quale restituiva l' eredità , che questi lo ristorerebbe del danno per tutto ciò che sarebbe obbligato di pagare , e lo difenderebbe contro ogni azione che gli venisse intentata in qualità di erede , e quegli al quale si faceva la restituzione stipulava alla sua volta dall' erede , che questi gli renderebbe tutto ciò che per avventura gli pervenisse in qualità di erede , e che gli permetterebbe eziandio di domandare e riscuotere a titolo di procuratore i crediti ereditari. Siffatte stipulazioni , delle quali Gaio ci ha conservato presso a poco il tenore (1) , si addomandavano *emptae et venditae hereditatis stipulationes*. Esse avean luogo o che si dovesse restituir tutta quanta l' eredità , o una parte solamente , e per la parte dell' eredità che si reputava venduta ; perciocchè allora colui al quale facevasi la restituzione non teneva luogo nè di erede , nè di legatario , ma di compratore : « *Olim autem nec heredis loco erat , nec legatarii , sed potius emptoris* » (2).

Aliquando heredis , aliquando legatarii loco habebatur : ecco la modificazione fatta al dritto civile. Il fedecommessario , seconcondo i principi del dritto civile , non è nè erede , nè legatario, ma per temperamento si è giunto a dargliene il posto (*loco habebatur*) alle volte quello di erede , allorchè si applicava il senato-consulto Trebelliano, alle volte quello di legatario , allorchè si applicava il senato-consulto Pegasiano. Ora è da vedere che cosa erano codesti senato-consulti , ed in quali casi la loro applicazione avea luogo.

(1) « Tum enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas nummo uno hereditatem dicis causa venire ; et quae stipulationes (*inter venditorem hereditatis , et emptorem interponi solent , eadem interponebantur*) inter heredem , et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo : heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset , sive quid alias bona fide dedisset , eo nomine , indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur : ille vero, qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur , ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset , id sibi restitueretur ; ut etiam pateretur eum hereditarias actiones, procuratorio, aut cognitorio nomine exequi. » Gai. 252.— V. anche. Gai. 3. 85. — (2) Gai. 2. § 252.

IV. (Et Neronis quidem) temporibus Trebellio Maximo, et Annaeo Seneca consulibus, senatus-consultum factum est, quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit (omnes) actiones quae jure civili heredi, et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta sit hereditas. Post quod senatus-consultum praetor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi, et in heredem dare coepit.

4. E ne' tempi di Nerone essendo consoli Trebellio Massimo, ed Anneo Seneca, fu fatto un senatoconsulto, per il quale fu disposto che se si rendesse l'eredità per conto di fedecommesso, tutte le azioni che di ragion civile si competevano all' erede e contra l'erede, fossere date a colui e contra colui, al quale fosse stata renduta l'eredità per fedecommesso. Dopo il qual senatoconsulto il pretore cominciò a dar le azioni utili a colui e contra colui che aveva ricevuta l' eredità, quasi come fosse erede.

Sicchè secondo il senato-consulto TREBELLIANO (nell' 815. di R. 62. di G. C.), del quale un frammento di Ulpiano ci ha conservato le precise parole (1). il fedecommessario sta in luogo di erede, e que' principii altra volta si gelosi, intorno alla continuazione della persona giuridica del cittadino, vanno via! Un semplice fedecommessario designato senza le formalità del dritto civile sarà considerato come successore; avrà per la sua parte le azioni del defunto contro i debitori, e vicendevolmente *i creditori* le avranno contro di lui.

Tuttavia queste azioni non saran date a lui o contro di lui altrimente che come azioni *utiles* pel soccorso del pretore, ed in conformità delle disposizioni dell' editto (*eaeque in edicto proponuntur*); perciocchè esse non si danno in virtù del dritto civile (2), ma solamente per utilità, supponendo nel fedecommessario una qualità ch' egli non ha. I creditori ereditarii potranno sempre a rigore perseguitare con azioni dirette l' erede istituito, perchè egli solo è il vero erede, l' erede del dritto civile; ma questi avrà per difendersi contro di loro un' eccezione, *restitutae hereditatis exceptio*: imperocchè egli ha renduta l' eredità. E se dal suo lato l' erede civile volesse usando del dritto rigoroso perseguitare i debitori con azioni dirette oltre la parte che gli è rimasta, sarebbe anch' egli respinto vicendevolmente con eccezione (3).

(1) D. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp. — Gai. 2. § 258. — (2) Gai. ivi. — (3) D. 36. 1. 1. § 4. f. Ulp. e 27. § 7. f. Julian.

V. Sed quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso (1) et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatus-consultum ipse heres onera hereditaria sustinebat, ille autem qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur. Quae species legati *partitio* vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem, unde quae solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponebantur inter eum qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem: id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

5. Ma perciocchè gli eredi scritti avendo a render tutta o quasi tutta l'eredità ricusavano di accettarla per poco o nulla di guadagno, e per questo s'estinguevano i fedecommessi, pensò il senato ne' tempi di Vespasiano Augusto, essendo consoli Pegaso, e Pusione, che a colui che era pregato di restituir l'eredità fosse lecito di ritenersi la quarta parte, siccome si concede di ritenersi la quarta parte de' legati per la legge Falcidia. Ed eziandio di ciascuna cosa particolare lasciata per fedecommesso è lecito di ritenere la quarta parte. Dopo il qual senato-consulto, l'erede sosteneva i pesi dell'eredità, e colui che per fedecommesso riceveva una parte dell'eredità era assomigliato a quel legatario, al quale si lasciava in legato parte dei beni, la qual sorta di legato si chiamava *partizione*, perchè il legatario partiva l'eredità con l'erede. Laonde quelle stipulazioni medesime, le quali si facevano tra l'erede ed il legatario parziario, quelle medesime si facevano tra colui che riceveva l'eredità per fedecommesso, e l'erede, cioè che il danno, ed il guadagno fosse comune tra loro in proporzione della parte di ciascuno.

Il senato-consulto **Trebelliano** metteva il fedecommessario in luogo di erede (*loco heredis*); gli attribuiva le azioni tanto attive, quanto passive pel tutto, o per una parte, secondochè l'eredità gli era restituita per intero, o per una parte soltanto. Ma nel caso che l'erede istituito era stato incaricato di restituir tutta l'eredità o quasi tutta, che interesse poteva egli avere ad accettare un eredità illusoria per lui? Per verità il senato-consulto lo faceva sicuro dai debiti dandogli un eccezione contro ai creditori, ma non gli atattribuiva niun profitto. Dal che avveniva che in questo stato di cose l'erede ripudiava un'eredità inutile per lui, e per siffatto rifiuto faceva cadere il testamento, e con esso tutte le disposizioni del de-

(1) Questo è forse il giureconsulto Pegaso, di cui parla Pomponio. D. 1. 2. 2. § 47.

funto, e lo stesso fedecommesso. Questo era l'inconveniente, al quale pose rimedio il Senato-consulto PEGASIANO (tra l' 823, o 829 di R. 70, o 76 di G C.)

Questo Senato-consulto, il quale conteneva eziandio delle altre importanti disposizioni (1), diede all' erede il dritto di ritenersi sul fedecommesso la quarta parte, come si riteneva sui legati per la legge Falcidia (p.486). Per tal modo si estese a questo caso la legge Falcidia, si trattò il fedecommessario come un legatario, mettendolo in certo modo *loco legatarii*. Sicchè in questo caso particolare non preveduto dal senato-consulto TREBELLIANO, il fedecommessario che pativa la riduzione della quarta, trattato come un legatario, e non come un erede non avea le azioni attive e passive per la sua parte: come dunque regolare i suoi dritti a tal riguardo? Si continuò l' assimilazione; egli era trattato come un legatario, ma come un legatario parziario, giacchè avea una quota dell' eredità: intervenivano dunque tra lui e l'erede le stipulazioni *partis et pro parte*, delle quali abbiam ragionato trattando de' legati (p. 459) (2).

Questo quarto ritenuto dall' erede sui fedecommessi non fu mai da' giureconsulti romani altramente chiamato che la *quarta* (*quarta*), la Falcidia (*Falcidia*), il benefizio della legge Falcidia (*commodum, beneficium legis Falcidiae*) (3) perfettamente come pe' legati. I comentatori gli han dato la denominazione di quarta Trebelliana, che non gli è mai appartenuta in dritto Romano, e non poteva appartenergli; percioccchè non dal senato-consulto TREBELLIANO, ma sibbene dal PEGASIANO avea avuto origine.

In somma il Senato-consulto PEGASIANO non abrogò quello, che lo avea preceduto: essi si applicavano ciascuno in diverse con-

(1) Così abbiam veduto p. 495 che pose delle nuove restrizioni alla capacità di ricevere per fedecommesso. — (2) Secondo noi è un errore troppo comune il credere che queste stipulazioni *partis et pro parte* avessero luogo anche ne' tempi andati tra l'erede ed il fedecommessario. Questi fino ai senato-consulti mai non era stato considerato nè come erede, nè come legatario; non altrimenti si giungeva a motivare le stipulazioni, che simulando una vendita totale o parziale dell' eredità: adunque le stipulazioni, che intervenivano erano quelle *emptae et venditae hereditatis* (Gai. 2. § 252). Dopo che il senato consulto. PEGASIANO ebbe messo il fedecommessario *loco legatarii*, si ricorse alle stipulazioni *partis et pro parte*. (Gai. 2. § 254). Si confronti per meglio convincersi di ciò: Gai. 2. §§ 252, e 254.; Ulp. Reg. 25. 15.; Paul. Sent. 4. 3. § 1. — (3) D. 36. 1. 16. § 6. f. Ulp.; 22. § 2. f. Ulp.; 27. § 10. f. Julian.; 30. pr. f. Marcian.

giunture. Era il caso del senato-consulto TREBELLIANO? Le azioni si dividevano di pieno dritto, il fedecommessario era *loco heredis*. Era il caso del senato-consulto PEGASIANO? il fedecommessario era *loco legatarii*; le azioni non si dividevano; era necessario di ricorrere alle stipulazioni *partis et pro parte*. Ma in qual caso dovea aver luogo l' applicazione dell' uno? in qual caso l'applicazione dell' altro? questo si espone nel paragrafo che segue.

VI. Ergo *si quidem non plus quam dodrantem hereditatis* scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatus-consulto restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dabantur: in heredem quidem jure civili, in eum vero qui recipiebat hereditatem ex senatus consulto Trebelliano tamquam in heredem. *At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem* restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatus-consulto, et heres qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tamquam inter partiarium legatarium et heredem; *si vero totam hereditatem restituerit*, emptae et venditae hereditatis stipulationes interponebantur. *Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem*, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus-consulto, ut desiderante eo cui restituere rogatus est, *jussu praetoris adeat* et restituat hereditatem, *perindeque* ei et in eum qui recipit hereditatem, *actiones dantur, ac juris est ex Trebelliano senatus-consulto.* Quo casu nullis stipulationibus est opus, quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei, et in eum transferuntur qui rece-

6. Adunque *se l' erede scritto era pregato a render non più che nove once* dell' eredità, allora per il senato-consulto Trebelliano si restituiva l'eredità, e si davano le azioni ereditarie all'uno, ed all'altro per rata; all' erede per dritto civile, a colui che riceveva per fedecommesso, per il senato-consulto Trebelliano, come erede. *Ma se egli era pregato di restituir più di nove once, ovvero tutta* l' eredità, allora avea luogo il senato consulto Pegasiano, e l' erede, che una volta avea accettato l'eredità, (se però l'avesse accettata di suo volere) sostenea tutto il carico dell' eredità in universale, o che avesse ritenuto la quarta, o no. Ma ritenuta la quarta parte s' interponevano le stipulazioni quasi di parte, e per parte, come tra il legatario parziario, e l' erede; *Ma se poi egli restituiva tutta l' eredità*, s' interponevano le stipulazioni dell'eredità comprata, e venduta. *Se l'erede scritto ricusava di accettar l' eredità*, perchè diceva di aver sospetto che non gli fosse dannosa, si provvedeva per il senato-consulto Pegasiano che, desiderando il fedecommessario che l' erede restituisse l' eredità, questi dovesse accettare *per comando del pretore*, e restituire l' eredità di maniera che *le azioni tutte fossero date a colui, e contra colui che riceveva l' eredità, come se la restituzione fosse fatta secondo il senato-consulto Trebelliano.* Nel qual caso non è di bisogno che si faccia al-

pit hereditatem ; utroque senatus-consulto in hac specie concurrente.

cuna stipulazione, perciocchè in un medesimo tempo si dà sicurezza a colui che restituisce l' eredità, e si trasferiscono le azioni ereditarie a colui, e contra colui, che la riceve, concorrendo in questo l' uno e l' altro senato-consulto.

La prima parte di questo paragrafo ci mostra chiaramente in qual caso avrà luogo l' applicazione del senato-consulto Trebelliano, ed in qual caso quella del senato-consulto Pegasiano. Se l' erede non è stato incaricato di restituire più di tre quarti (*siquidem non plus quam dodrantem hereditatis*), il senato-consulto Pegasiano è inapplicabile, perchè non ha luogo alcuna ritenuta: si rimane nelle disposizioni del senato consulto Trebelliano. Per contrario se è stato pregato di restituire più de' tre quarti (*at si plus quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem*), questo è precisamente il caso pel quale il senato-consulto Pegasiano è stato fatto: si è dunque sotto l'impero di questo senato-consulto.

Ma l' ultima parte del testo esamina due casi che possono presentarsi:

1° Se nell' ultima ipotesi, cioè quella in cui dee applicarsi il senato-consulto Pegasiano, l'erede quantunque avente il dritto di ritener la Falcidia, non faccia questa ritenuta, e restituisca volontariamente tutta l' eredità, (*si vero totam hereditatem restitueret*), che si dovrà decidere quanto alle azioni? Passeranno esse al fedecommessario? No, perchè si è sotto l' impero del senato-consulto Pegasiano. Il fatto che l' erede non ha voluto esercitare il suo dritto di ritenuta, non può cambiare il dritto; tutte le azioni continueranno ad essere in lui, e contro di lui; adunque non resta a lui, ed al fedecommessario altro espediente che quello delle antiche stipulazioni *emptae et venditae hereditatis* (1).

(1) Gai. 2. § 257. — Modestino intanto pareva esser d' avviso, che in questo caso l'erede facendo volontariamente la restituzione di tutta l'eredità, bisognava applicare il senato-consulto Trebelliano, e trasferire le azioni a favore, o contro del fedecommessario. Ma neppur egli considerava questo avviso come ben sicuro, perciocchè consigliava immediatamente un altro espediente (*suaserim tamen*... etc.), quello di fare adizione come costretto per comando del pretore (*jussu praetoris*), a fine di trovarsi nella seconda disposizione del senato-consulto Pegasiano. Dig. 36. 1. 45. Modest.

2° Se, sempre nella medesima ipotesi, e non ostante la facoltà di ritener la Falcidia l'erede istituito allegando di aver sospetto che l'eredità gli debba esser dannosa, ricusi di accettarla (*si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id quod dicet eam sibi suspectam esse quasi damnosam*), che cosa si dovrà fare? Si lascerà così cadere il testamento, e con esso il fedecommesso? Una disposizione speciale del senato-consulto PEGASIANO provvedeva a questo caso. L'erede accetterà per comando del pretore (*jussu praetoris adeat*), restituirà tutta l'eredità, ma nel tempo medesimo le azioni saranno trasferite dal pretore a colui, e contra colui al quale l'eredità sarà stata restituita, come se si fosse nel caso del senato-consulto Trebelliano (*perinde ... ac juris est ex Trebelliano Senatus-consulto*) (1).

VII. Sed quia stipulationes ex senatus-consulto PEGASIANO descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus *captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat*, et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatus-consulti, placuit exploso senatus-consulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus-consulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus; ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest ex nostra auctoritate retinere, *vel repetere solutum* quasi ex Trebelliano senatus consulto, pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario, et adversus eum competant. Sed etiam

7. Ma perciocchè le stipulazioni che discendevano dal senato-consulto Pegasiano dispiacquero eziandio agli antichi, e *Papiniano uomo d'alto ingegno* le chiama in certi casi *piene d'inganni*, ed essendo che a noi piaccia nelle leggi piuttosto la semplicità che la difficoltà delle cose, perciò dopo aver considerato tanto le somiglianze, quanto le differenze che sono nell'uno, e nell'altro senato-consulto, ci è piaciuto, levando via il senato-consulto Pegasiano, che venne dopo, dare ogni autorità al Trebelliano, e che per suo mezzo si rendano le eredità fedecommessarie, e tanto se l'erede abbia la quarta parte per volontà del testatore, quanto se ne abbia o più o meno, o in tutto nulla; ma quando non gli rimanga o nulla, o meno della quarta parte, gli sia lecito per nostra autorità ritenere o la quarta parte, o quel che manca, o *addomandare indietro il pagato, competendo* come pel senato-consulto Trebelliano, le azioni per rata tanto contro l'erede quanto contro il fedecommessario. Ma se egli di volontà restituirà tutta l'eredità, tutte le a-

(1) Gai. 2. § 258.

id quod praecipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatus-consultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno, nec commodo apud heredem remanente.

zioni ereditarie competeranno al fedecommessario, e contra lui. Ed eziandio quel ch' era speziale al senato-consulto Pegasiano, cioè che quando l' erede scritto ricussasse di accettar l' eredità fosse costretto di render tutta l' eredità al fedecommessario che la voleva, e che le azioni a lui, e contra lui competessero, lo abbiamo trasportato ed applicato al senato-consulto Trebelliano, volendo che l' erede sia per questo solo senato-consulto costretto a restituir tutta l' eredità, se, non volendo egli accettarla, il fedecommessario desideri che gli sia restituita, non rimanendo nè commodo, nè danno alcuno presso l' erede.

La disposizione di Giustiniano in somma ha riunito i due senato-consulti in un solo, lasciando sussistere il nome solamente del primo. Così l' erede avrà il dritto di ritener la quarta; e la trasmissione delle azioni al fedecommessario avrà luogo in tutt' i casi. Adunque per questa nuova legislazione il fedecommessario è sempre considerato come erede (*loco heredis*).

Captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat: Piene d' inganni, perciocchè facevano correre tanto all' erede, quanto al fedecommessario i rischi vicendevoli della loro insolvibilità (p. 460) (1).

Vel repetere solutum. Questa è una nuova disposizione di Giustiniano, perciocchè sotto il senato consulto PEGASIANO l' erede che avea una volta restituita l' intera eredità senza ritenersi il quarto, non poteva più domandarlo (2).

VIII. Nihil autem interest utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partis partem restituere rogatur; nam et hoc casu eadem observari praecipimus, quae in totius hereditatis restitutione diximus.

8. E non importa nulla che alcuno istituito erede di tutta l' eredità sia pregato a restituirla tutta, o parte, ovvero istituito erede in parte sia pregato restituir tutta quella parte, o una porzione della parte. Perciocchè noi vogliamo che in questi casi s' osservi quel medesimo, che detto abbiamo in caso che si renda tutta l' eredità.

(1) Non ci resta alcun frammento di Papiniano che contenga questa qualificazione. — (2) Paul. Sent. 4. 3. § 4.

IX. Si quis, una *aliqua re deducta sive praecepta quae quartam continet*, veluti fundo, vel alia re, rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatus-consulto restitutio fiat perinde ac *si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere*. Sed illud interest quod altero casu, id est cum deducta, sive praecepta aliqua re, vel pecunia, restituitur hereditas, in solidum ex eo senatus-consulto actiones transferuntur, et res quae remanet apud heredem sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita. Altero vero casu, id est cum quarta parte retenta, rogatus est heres restituere hereditatem, et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium; pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam licet, una re aliqua deducta, aut praecepta, restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur, aeque in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt et si duabus pluribusve deductis, praeceptisve rebus restituere hereditatem rogatus sit. Sed et si, certa summa deducta praeceptave, quae quartam, vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quae autem diximus de eo qui ex asse heres institutus est, eadem transferemus et ad eum, qui ex parte heres scriptus est.

9. Se alcuno, sarà stato pregato di restituir tutta l'eredità *ritenendo, o prelevando qualche cosa, la quale contenga la quarta parte*, come sarebbe un fondo o qualch' altra cosa, similmente si faccia la restituzione per il senatoconsulto Trebelliano, di maniera che sia *come se egli avendosi ritenuto la quarta parte, fosse pregato di restituire il restante dell' eredità*. Ma vi ha questa differenza che nel primo caso cioè quando l' erede è autorizzato a ritenersi, o prelevare una cosa, o una somma determinata, tutte le azioni si trasferiscono per quel senato consulto al fedecommessario, e contro di lui, e quel che resta appresso l' erede si resta senza carico alcuno ereditario, non altrimenti che se l' avesse avuto per conto di legato. E nel secondo caso, cioè quando l' erede è autorizzato a ritenere un quarto dell' eredità che è pregato di restituire, ed infatti la restituisce, le azioni si dividono, e trasferiscono al fedecommessario per tre parti, e la quarta parte rimane appresso l' erede. Di più quando anche la cosa che l' erede scritto ha avuto facoltà dal testatore di ritenere o prelevare, formasse la maggior parte dell' eredità, le azioni passerebbero in tutto al fedecommessario, e contro al fedecommessario, e colui al quale è renduta l'eredità debbe seco deliberare se gli ritorni a proposito la restituzione. Il medesimo avviene se una o più sieno le cose che l'erede ha avuto facoltà di ritenere, o se abbia avuto facoltà, di prelevare una determinata somma di danaro, la quale contenga la quarta ovvero la maggior parte dell' eredità che è pregato di restituire. E quel che abbiam detto di colui che è scritto erede in tutta la facoltà, il medesimo intendiamo di colui che è scritto erede in parte.

Aliqua re deducta, sive praecepta quae quartam continet. . .

Quarta parte retenta, rogatus esset reliquam hereditatem restituere: La quistione esaminata, e risoluta in questo paragrafo appartiene all' epoca in cui i due senato-consulti non erano ancor confusi in uno: essa avea allora maggiore importanza, nondimeno sotto Giustiniano non è intutto senza interesse. Si suppone che il testatore medesimo abbia pregato l' erede di ritener la quarta, o un oggetto equivalente alla quarta, e di restituire il rimanente dell' eredità; intorno a ciò ecco le quistioni che facevansi nell' antico dritto: Si dovrà applicare il senato-consulto TREBELLIANO, secondo il quale le azioni passano al fedecommessario, o il senato-consulto PEGASIANO, secondo il quale restano in tutto presso l' erede? E si rispondeva: Il senato-consulto TREBELLIANO. In fatti ritener la quarta per la volontà, e sull' indicazione del medesimo testatore non è la medesima cosa che ritenerla in virtù del senato-consulto PEGASIANO. Nel primo caso il testatore realmente non ha incaricato l' erede di restituire più de' tre quarti; quindi non si ha bisogno d' invocare il secondo senato-consulto, ma si resta sotto l' impero del primo: e però le azioni si trasferiscono al fedecommessario. Questa prima parte della quistione non ha *più luogo* sotto Giustiniano. Ma ecco una seconda parte la quale ha conservato il suo interesse: allorchè l' erede ritiene una cosa determinata equivalente alla quarta, le azioni debbono passare al fedecommessario per i tre quarti solamente, o per l' intero? Si risponde: per l' intero. In fatti l' erede che ha avuto la facoltà di ritenere delle cose determinate, è in realtà relativamente a queste cose un legatario particolare non tenuto ai debiti. Egli è dunque importante, dice Marciano, il distinguere se egli fa la ritenuta a titolo di erede, o sopra oggetti particolari: « *Multum interest utrum qua* (quarta) *pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia. Nam superiore casu actiones dividentur inter heredem, et fideicommissarium: posteriore autem apud fideicomissarium sunt actiones* (1).

Se le cose particolari, che l' erede avea avuto facoltà di ritenere non valevano il quarto, la quistione sotto l' antico dritto cambiava interamente d' aspetto. Il testatore avea realmente ol-

(1) D. 36. l. 30. § 3. f. Marcian.

trepassato nel fedecommesso i tre quarti dell' eredità ; si cadeva dunque nel caso del senato-consulto PEGASIANO : le azioni restavano tutte all' erede. Ma sotto la legislazione di Giustiniano, secondo la quale le azioni si dividono sempre, o che le cose particolari equivalgano alla quarta, o che sieno inferiori, la decisione resta soggetta a' medesimi principii : l' erede non partecipa delle azioni che per la parte che prende a titolo ereditario per compiere la sua quarta (1).

X. Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum ad quem bona sua vel legitimo jure, vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam, partemve ejus, aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam alicui restituat ; cum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.

10. Oltre a questo quegli che muore intestato può pregar colui al quale egli conosce che appartengono i suoi beni per legittima ragione o per onoraria, che renda a qualche altro tutta la sua eredità, o parte, o qualche cosa d'essa, come sarebbe un fondo, un uomo, o danari, mentre al contrario i legati non valgono, se non per testamento.

I fedecommessi hanno avuto per vera e prima origine la necessità di pregare, di affidarsi alla buona fede, ove non si potèa comandare. Rispetto agli eredi *ab intestato* non vi era altro mezzo che questo ; perciocchè non riconoscendo questi eredi il loro titolo dal defunto, costui non poteva impor nulla ad essi. Sicchè non vi ha dubbio niuno che i fedecommessi, anche quando non erano obbligatorii, intervenissero così nelle successioni *ab intestato*, come nelle eredità testamentarie. Allorchè sotto Augusto, cominciò ad attribuirsi a cosiffatte preghiere un legame di dritto, non si fece distinzione se fosser dirette all' uno, od all' altro di quèsti eredi, e noi vediamo positivamente che si può lasciare de' codicilli sia *testato*, sia *ab intestato* (2). Ma i senato-consulti TREBELLIANO, e PEGASIANO doveano applicarsi, o no ai fedecommessi nel caso di eredità *ab intestato ?* La quistione fu dibattuta tra i giureconsulti, perciocchè il testo del senato-consulto TREBELLIANO supponeva positivamente il caso di testamento (*in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset*) (3); essa fu ezian-

(1) D. 36. 1. 1. § 16. f. Ulp. (probabilmente interpolato), Cod. 6. 50. 11. const. Gordian.— (2) Gai. 2. § 270. — Ulp. Reg. 25. § 11.— Dig. 29, 7. 16. f. Paul.— Instit. 2. 25. § 1.— (3) D. 36. l. 1. § 2. f. Ulp. che riporta le parole del senato-consulto.

dio discussa da Giuliano al tempo dell' imperadore Adriano (1), ma il giureconsulto Paolo ci fa sapere che Antonino Pio estese l'applicazione di questi senato-consulti anche ai fedecommessi *ab intestato* (2).

XI. Eum quoque cui aliquid restituitur potest rogare, ut id rursum alii aut totum, aut pro parte, vel etiam aliud restituat.

11. Può parimente pregar colui al quale sia restituita qualche cosa, che di nuovo restituisca ad un altro tutta, o parte di questa cosa, o anche qualche altra cosa diversa.

Ma il fedecommessario incaricato di restituire alla sua volta ad un altro non ha il dritto di ritenere una nuova quarta. La Falcidia avea per fine di assicurare al defunto un erede, e non un fedecommessario, che non era necessario per nulla. Tuttavia se l' erede avesse accettatto *jussu praetoris*, non volendo usare dei suoi dritti, e restituendo tutta l'eredità al fedecommessario, questi avrebbe avuto il dritto di ritener la Falcidia come avrebbe potuto farlo lo stesso erede, e quasi in suo nome (3).

XII. Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen, quam substantiam acceperunt, ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit, nuper et nos eumdem principem superare contendentes ex facto quod Tribonianus vir excelsus quaestor sacri palatii suggessit constitutionem fecimus per quam disposuimus si testator fidei heredis sui commisit ut vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit, tunc sive pater heredis, sive alius quicunque sit, qui fidem heredis elegerit, et ab eo restitui aliquid

12. E perchè i fedecommessi cominciando da' loro principi pendono dalla fede degli eredi, donde riceverono tanto il nome quanto la sostanza dell' esser loro, perciò il divino Augusto li ridusse a necessità di dritto, e noi ingegnandoci di avanzare il sudetto principe, sulla questione che Triboniano uomo eccellentissimo, e questore del sacro palazzo ne propose, facemmo una costituzione per la quale disponemmo che, se il testatore commise alla fede dell' erede di restituire l' eredità, o qualche spezial fedecommesso, e questa disposizione non si possa provare nè per scrittura, nè per il numero di cinque testimoni (il qual numero è legittimo nè fedecommessi), ma vi sia o meno di cinque testimoni, o nessuno, in questo caso,

(1) D. 36. 6. § 1. f. Ulp. che indica chiaramente la ragione del dubbio: « *Meminisse autem oportebit de herede instituto senatum loqui*; *ideoque tractatum est apud Julianum*. . . , etc. » — (2) D. 35. 2. 18. f. Paul. — (3) D. 36. 1. 63. § 11. f. Gai.

voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse secutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse *de calumnia juravit*, necesse eum habere vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis, vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus etsi a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur, postquam negaverit confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo cogendus est solvere.

essendo colui che lascia il fedecommesso o padre o qualunque altra persona ch'esser si voglia, se l'erede per perfidia d'animo ricusa adempiere quel che alla sua fede è stato affidato dicendo che non sia stato lasciato nulla, sia lecito al fedecommessario astringer l'erede a giurare ch'egli non abbia udito nulla di cosiffatto dal testatore; avendo però egli prima giurato *intorno alla sua buona fede*. E ricusando quegli di giurare sia costretto a pagare il fedecommesso o speziale o universale che sia, acciocchè non perisca l'ultima volontà del testatore commessa alla fede dell'erede. Il medesimo abbiamo giudicato che si debba osservare se simigliantemente sarà stata lasciata qualche cosa a carico del legatario, o del fedecommessario. Ma se colui che dee pagare il fedecommesso confesserà essersi lasciato il fedecomesso a suo carico dopochè lo avrà negato, e ricorra alla sottigliezza del dritto, si dee in ogni modo costringere a pagare il fedecommesso.

L'istituzione d'erede riceve l'esser suo non solamente dalla volontà del testatore ma ancora dalla forma; dunque sarebbe inutile il provar questa volontà, quando mancasse la debita forma, imperocchè senza la forma non v'è istituzione. Il medesimo era, prima di Giustiniano, relativamente a'legati. Ma rispetto ai fedecommessi, questi hanno il loro essere dalla sola volontà del defunto; le formalità son richieste solamente per la prova; se queste formalità mancano, la pruova potrà esser fatta per via del giuramento. E lo stesso si osserva eziandio pe' legati, perciocchè queste due spezie di disposizioni sono da Giustiniano assomigliate l'una all'altra.

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti

TITOLO XXIV.

DELLE COSE PARTICOLARI LASCIATE PER FEDECOMMESSO.

Può eziaudio alcuno lasciar per fedecommesso cose particolari, come sareb

fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, pecuniam numeratam; et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.

be o fondo, o uomo, o vesté, o oro, o argento, o danaro, e pregar l'erede che le restituisca a qualcun altro, ovvero pregarne il legatario, quantunque non possano farsi legati a carico del legatario.

I. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut *cujuslibet alterius*. Itaque et legatarius, et fideicommessarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat quae ei relicta sit; sed etiam de alia sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, *quam ipse ex testamento ceperit*; nam quod amplius est inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam redimere, et praestare, *aut aestimationem ejus solvere*.

1. Ed il testatore può lasciar per fedecommesso non solamente le cose sue proprie, ma eziandio quelle *dell' erede*, o del legatario, o del fedecommessario, o *di qualunque altra persona*; laonde il legatario ed il fedecommessario non solamente può esser pregato che restituisca quella tal cosa, che gli è stata lasciata, ma eziandio qualche altra cosa o sia sua, ovvero d'altrui. Questo solamente si dee osservare che non si preghi alcuno a restituir *più di quello ch'egli abbia ricevuto dal testatore*, perciocchè quel che è di più nel fedecommesso inutilmente si lascia. Ma quando si lascia la cosa d'altri per fedecommesso, colui che è pregato dee o riscuoterla e darla, *o pagarne la valuta*.

Aut cujuslibet alterius: Il fedecommesso avea relativamente agli oggetti che potea comprendere la medesima latitudine che il legato *per damnationem* (1).

Ne plus quam ipse ex testamento ceperit: Questa regola era un principio generale comune ugualmente all' erede, rispetto ai legati di cui poteva essere incaricato: « *Neminem oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit* » (2). Non pertanto essa non riceve la sua applicazione, se non quando si faccia il paragone tra due quantità (*si quantitas cum quantitate conferatur*). Così, per esempio, se il legatario, o fedecommessario, il quale ha ricevuto una somma di denaro, è stato incaricato di dare ad un altro la tal casa, o di dare la libertà al tale schiavo appartenente ad altri, e di questa casa, o di questo schiavo si domandi un prezzo superiore alla somma ch' egli ha ricevu-

(1) Ulp. Reg. 25. § 5. — (2) D. 36. 1. 1. § 17. f. Ulp. — 40. 5. 24. § 13. f. Ulp.

ta, non sarà obbligato di comperarli. Ma per contrario se si tratta d'una casa, o d'uno schiavo appartenenti a lui, egli dovrà obbedire al fedecommesso, senza poter allegare, che il loro valore è al di sopra di ciò che ha ricevuto, perciocchè dal momento che ha accettato il legato, si reputa aver egli medesimo fatto il paragone, ed essersi assoggettato al carico impostogli (1).

Aut aestimationem ejus solvere: Alcuni giureconsulti del tempo di Gaio pensavano che sotto questo riguardo non era del fedecommesso come del legato; secondo costoro, se il proprietario della cosa ricusava di venderla, il fedecommesso si estingueva senza che colui il quale n'era stato incaricato fosse tenuto di pagarne la valuta. Questa opinione non può più essere ammessa sotto Giustiniano (2).

II. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius. Nec interest utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi, et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, *si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, recepit: non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur*; quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, praestari libertas. Qui autem ex causa fideicommissi manumittitur non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit. At is qui directe testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam *Orcinus* appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur. Di-

2. Si può parimente dar la libertà allo schiavo per fedecommesso sì che si preghi l'erede o il legatario, o il fedecommessario, che lo faccia libero; e non importa che il testator preghi del suo proprio schiavo, o di altro che sia dell'erede, del legatario, o eziandio d'un estraneo. Laonde anche l'altrui schiavo debbesi riscuotere e far libero. Ma se il suo signore non lo voglia vendere (*supponendo però ch'egli non abbia ricevuto nulla dalle ultime disposizioni del defunto*), il fedecommesso della libertà *non è estinto, ma solamente differito*, fino a tanto che venendo col tempo l'occasione di comprar lo schiavo, se gli possa dar la libertà. E colui che è liberato per via del fedecommessò divien liberto non del testatore, quantunque fosse suo schiavo, ma di colui che gli dà la libertà. Ma colui che direttamente è fatto libero per testamento è liberto del testatore, ed è eziandio chiamato Orcino. Nè alcun altro può aver direttamente la libertà per testamento, se

(1) D. 31. 70. § 1. f. Papin. — 40. 5. 24. §§ 12. e seg. f. Ulp.—(2) Gai 2. § 262.

recta autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

non chi nell' uno, e nell' altro tempo sarà stato in potestà del testatore, cioè nel tempo ch' egli fece il testamento, e nel tempo ch' egli si morì. Ed allora pare che si dia direttamente la libertà, quando egli non prega che gli sia data la libertà da un altro, ma vuol ch'egli l'abbia per forza medesima del testamento.

Ecco un caso in cui, non ostante l' assomigliamento fatto da Giustiniano tra i legati, ed i fedecommessi, la distinzione continua a sussistere: imperocchè son differenti le condizioni, e gli effetti tra il caso della liberazione diretta, e quello della libertà lasciata per fedecommesso. Noi abbiamo già esposto questa materia (t. I. p. 235), alla quale il digesto consacra un titolo speciale (1).

Si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, recepit: Perciocchè accettando quel che gli fosse stato lasciato, egli avrebbe contratto l' obbligazione di non mettere ostacolo all' esecuzione delle volontà del defunto (2).

Non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur. Questa decisione è tolta quasi con le medesime parole da un rescritto dell' imperadore Alessandro che si trova nel codice di Giustiniano (3). Quegli che è incaricato del fedecommesso della libertà non può dare allo schiavo in cambio della libertà la sua valuta; perciocchè non è possibile alcun compensamento pecuniario: sarà dunque forza che si contenti di attendere una migliore occasione di comprarlo, e farlo libero. Noi vediamo da' frammenti di Ulpiano, e dalle Istituta di Gaio, che l' opinione di questi giureconsulti anteriore per altro al rescritto di Alessandro, era che il fedecommesso della libertà si estingueva pel rifiuto che faceva il padrone di vendere il suo schiavo ad un giusto prezzo (4). Ma Giustiniano non ha ricevuta questa opinione in niuna parte delle sue raccolte,

(1) Fonti. Gaio. 2. §§ 263. e seg. — Ulp. Reg. 2. §§ 7. e seg.; e 25. § 18. — Paul. Sent. 4. 13. *de fideicommissis libertatibus.* — D. 40. 5. *De fideicommissariis libertatibus.* — Cod. 7. 4. *De fideicommissariis libertatibus.* — (2) Cod. 7. 4. 6. const. Alex. — (3) Ivi. — (4) Ulp. Reg. 2. § 11. Gai. 2. § 265.

ed in cambio di seguire qui le Istituta di Gaio, vi ha sostituito il rescritto di Alessandro.

Orcinus: da *Orcus*, inferno, il luogo dove vanno i morti. Se il testatore abbia dato direttamente la libertà ad uno schiavo, il quale non possa altrimenti esser fatto libero, che per fedecommesso, la disposizione nulla come liberazione diretta, varrà nondimeno come fedecommesso.

III. Verba autem fideicommissorum haec maxime in usu habentur: PETO, ROGO, VOLO (MANDO), FIDEI TUAE COMMITTO. Quae perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

3. Le parole de' fedecommessi che sono in uso più delle altre son queste: CHIEGGO, PREGO, VOGLIO (IMPONGO), COMMETTO ALLA TUA FEDE, le quali, ciascuna per se, son tanto ferme quanto che se fosser messe tutte insieme.

Si vegga su queste diverse espressioni quel che di già ne abbiamo detto pag. 417.

TITULUS XXV.

DE CODICILLIS.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse; sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata quae jure non debebat solvit. Dicitur autem Augustus convo-

TITOLO XXV.

DE' CODICILLI (1).

È manifesto che innanzi a' tempi di Augusto il dritto de' codicilli non era in uso, ma il primo che introdusse i codicilli fu Lucio Lentulo (2), dal quale anco i fedecommessi cominciarono ad aver principio. Perciocchè morendo egli in Africa scrisse i codicilli confermati dal testamento, co' quali addomandò ad Augusto per fedecommesso ch' egli facesse certe cose. Ed avendo il divino Augusto adempito la sua volontà, da indi in poi tutti gli altri seguitarono l'autorità d'Augusto, ed eseguirono i fedecommessi, e la figliuola di Lentulo pagò

(1) FONTI. Avanti Giustiniano: Gai. 2. §§ 270, e 273. — Ulp. Reg. 25. § 11. Paul. Sent. 3. 6. § 92. e 4. 1. § 10. — Cod. Hermog. tit. *De donationibus* f. 3. — Cod. Theod. 4. 4. *De testamentis et codicillis*. — Sotto Giustiniano: D. 29. 7. *De jure codicillorum*. — Cod. 6. 36. *De codicillis*. — Dopo Giustiniano Basiliche lib. 36. πιρὶ κοδικέλλου (de' codicilli). — (2) L. Cornelio Lentulo che fu console l'anno di R. 751.

esse sapientes viros, inter quos Trebatium quoque; cujus tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset; et Trebatium suasisse Augusto quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas, et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

i legati ch'ella di ragione non aveva a pagare. E si dice che Augusto fece chiamare a se gli uomini savi, tra i quali eziandio Trebazio, l'autorità del quale era grandissima in quei tempi, e che addomandò loro se questo fosse da essere ammesso, e se l'uso de' codicilli non fosse discordante dalla ragione del dritto; e che Trebazio persuase Augusto, dicendo che questa cosa era *utilissima*, e necessaria a' cittadini per i grandi, e lunghi viaggi che allora si facevano, durante i quali se alcuno non poteva far testamento, poteva nondimeno scrivere i codicilli. Dopo i quali tempi avendo Labeone fatto codicilli, non fu più dubbioso ad alcuno che i codicilli non fossero perfettamente ammessi in dritto.

Tra *codex*, e *codicillus* passa la medesima relazione che tra tavola, e tavoletta: l'uno è il diminutivo dell'altro. Noi intendiamo da Cicerone, e Seneca (1) che sotto il nome di codicilli venivano indicate delle tavolette o piccole tavole destinate ad un uso giornaliero, come a raccogliere delle annotazioni, a scrivere agli amici, a' vicini; mentre per gli atti più importanti si riserbavano le tavole (*tabulae*, *lignum*, *codex*, *chartae*), perciocchè queste offrivano più spazio, o maggiore solennità, ovvero promettevano più lunga durata. Innanzi a tutti questi atti più importanti erano senza dubbio i testamenti.

Da ciò si comprende come il cittadino oltre il suo testamento, per evitare di rifarlo, o nell' impossibilità di adempire le solennità di tale atto, dirigeva al suo erede o legatario queste tavolette senza forma pubblica, questi codicilli, spezie di privata corrispondenza, per pregarlo di tale o tal altra disposizione, che desiderava fosse eseguita dopo la sua morte. E da che il testamento chiamavasi semplicemente *tabulae*, *lignum*, *codex*, venne l'uso di nominar *codicilli* questi atti accessori, che commettevano alla fede dell'erede o del legatario qualche volontà del testatore.

(1) Cicer. Ep. ad Famil. IV. 12. e VI. 18. Seneca Ep. 55. *in fin.*

I codicilli sono intimamente legati a' fedecommessi ; sono due idee correlative : l' uno è la disposizione, e l' altro è l' atto che la contiene. Infatti notate che nell' uso primitivo de' codicilli ogni disposizione fatta in questa forma non poteva esser altro che un fedecommesso, imperocchè il dritto civile, sì per le istituzioni d' erede , e sì pe' legati non riconosceva altra forma che quella del testamento. E così vediamo che i codicilli indirizzati il più delle volte in forma di lettere sono chiamati in qualche parte *epistola fideicommissaria* (1). E nel tempo (sotto Augusto) che l' uso de' codicilli da gran tempo introdotto vien confermato, in quel medesimo tempo i fedecommessi ricevono dalla pubblica autorità la loro sanzione. Il testo ci fa abbastanza conoscere la storia di cosiffatta conferma ed approvazione.

L' introduzione de' codicilli fu di grandissima utilità , e si può anche dire che era indispensabilmente necessaria in una legislazione come la romana. Infatti, secondo il principio che non vi può esser pel medesimo cittadino che un solo testamento, fatto che era una volta il testamento , era impossibile pel testatore di aggiugnervi alcuna nuova disposizione. Poco importava se egli avesse voluto lasciar la libertà ad uno schiavo , rimeritare il tal servigio rendutogli dipoi , o dare qualche soldo d'oro: fosse quanto si voglia di poco momento la disposizione, era necessario rifare il testamento ogni volta. I codicilli fornirono il mezzo di sodisfare a queste disposizioni accessorie con minori formalità , e senza toccare il testamento , o anche senza farne niuno. Questa è l' indole particolare di siffatta istituzione.

I codicilli possono o esser fatti *ab intestato* , o connettersi ad un testamento (2).

Nel primo caso i codicilli , stanno da se medesimi ; e non hanno altra cagione di validità . o di nullità se non quella che in essi medesimi si può incontrare (*nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent*) (3). Del resto essi non contengono altro che fedecommessi ; perciocchè, secondo il dritto civile, non si può imporre o comandar nulla agli eredi *ab intestato* , non si

(1) D. 32. 3.° 37. § 3; e 31. 2.° 89 pr. f. Scaev. — (2) D. 29. 7. 8. pr. f. Paul. — (3) Ivi 16. f. Paul. *in fin.*

può mettere a loro carico verun legato (1). Ma cotali fedecommessi possono abbracciare o tutta quanta l' eredità, o una quota (pag. 507 § 10), o delle cose particolari (2).

Nel secondo caso, cioè quando vi è un testamento anteriore, o posteriore, i codicilli si connettono a questo testamento, come accessori, e si reputa che ne facciano parte, per modo che tutto quello che in essi è contenuto si ha come scritto nel testamento (*ut quaecumque in his scriberentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent*), e per conseguenza è da aversi riguardo al tempo della formazione del testamento per giudicare eziandio del valore delle disposizioni che in essi son contenute (3). Essi seguono la sorte del testamento, sussistono o vengono meno con esso (*jus sequuntur ejus, vires ex eo capiunt*) (4). Quanto alla natura delle disposizioni, che possono contenere, si vuol distinguere se sono confermati dal testamento, o no.

I. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed ante testamentum factum codicilli cum facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam *si speciali postea voluntate confirmentur*. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex iis codicillis, qui testamentum praecedunt *posse fideicommissum peti*, si apparet eum qui postea testamentum fecit a voluntate, quam codicillis expresserat, *non recessisse*.

1. Non solo dopo fatto il testamento può alcuno far i suoi codicilli, ma morendo intestato può fedecommettere per via di codicilli. Ma essendo fatti i codicilli innanzi al testamento, Papiniano disse che essi non aveano altrimenti vigore, *se non fossero stati da poi specialmente confermati* nel testamento. Ma i divini Severo, ed Antonino rescrissero, *che si può domandare il fedecommesso* per vigor di quei codicilli, i quali sono stati fatti innanzi al testamento, se apparisce che colui che fece il testamento *non si sia partito* da quella volontà, che avea espressa ne' codicilli.

Si speciali postea voluntate confirmentur. I codicilli possono esser confermati o *in futurum*, o *in praeteritum* (5). *In futurum*,

(1) Per questo in un frammento del Codice Ermogeniano tratto dalla *Consultatio veter. Juriscons.*, costituzione degl' imperadori Diocleziano, e Massimiano leggiamo: «*Codicillis autem sine testamento legatum nec adimi, nec dari potest.*» Gai. 2. § 270. — (2) Ulp. Reg. 25. § 11. — D. 29. 7. 3. pr. f. Julian.; e 8. § 1. f. Paul. — (3) D. 29. 7. 2. § 2. f. Julian.; e 14. f. Scaev. Noi vediamo da questo frammento che siffatto principio era stato l'oggetto di controversie tra i Sabiniani, ed i Proculiani. — (4) Ivi 3. § 2. f. Julian. — 16. f. Paul. — (5) D. 29. 7. 8. pr. f. Paul.

allorchè il testatore nel testamento medesimo esprime la volontà che siano osservati i codicilli, ch'egli per avventura scrivesse di poi; *in praeteritum*, allorchè nel suo testamento conferma i codicilli già innanzi fatti. La sua confermazione potrebbe in un tempo medesimo estendersi agli uni ed agli altri, come sarebbe, secondo la decisione di Celso, quella che fosse espressa con queste parole: » *Si quid tabulis, aliove quo genere ad hoc testamentum pertinens reliquero ita valere volo* (1) ». I codicilli confermati possono contenere non solamente de' fedecommessi, come nella loro prima origine, ed innanzi che ottenessero la pubblica approvazione, ma eziandio de' legati, delle rivocazioni di legati, delle liberazioni dirette di schiavi, delle nomine di tutori (2). Quanto ai codicilli non confermati, le loro disposizioni non valgono se non come fedecommessi (3). Papiniano pensava eziandio, che se erano anteriori al testamento, la formazione del testamento senza confermazione li rendesse nulli. Ma noi vediamo dal testo che un rescritto degl' imperadori Severo, ed Antonino ha diversamente deciso. Tuttavia sarà necessario che apparisca per qualche indizio che il testatore abbia conservata la stessa volontà, e che la sua intenzione, facendo il testamento, non sia stata di annullarli (*si voluntas eorum quocumque indicio retineatur*) (4). Del rimanente sotto Giustiniano, tranne il caso di liberazione di schiavi, e di nomina di tutori, non vi è più interesse a ricercare se la disposizione debba valere come legato, o come fedecommesso, essendo uguale il dritto sì per l'uno come per l' altro.

II. Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum, et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest, nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, ne-

2. L' eredità non si può nè torre, nè dare per codicilli, acciocchè non si confonda la ragion de' codicilli, e dei testamenti, nè si può in essi diseredare alcuno. L'eredità non si può nè torre, nè dare direttamente per codicilli, ma si può bene lasciar l'eredità per fedecommesso ne' codicilli. E non può alcuno direttamente aggiu-

(1) Ivi 18. f. Cels. — D. 40. 5. 56. f. Marcel. — *Si quos codicillos relique ro valere volo.* » — (2) Paul. Sent. 3. 6. § 92. — D. 40. 4. 43. f. Modest. — 26. 2. 3. pr. f. Ulp. — (3) Paul. Sent. 4. 1. § 10. — Gai. 2. § 273. — (4) D. 29. 7 5. f. Ulp.

que substituere directo potest.

gner condizione all'erede istituito, o sostituire per via di codicilli.

L' istituzione di erede, l' indicazione di colui che prenderà in se la persona giuridica del defunto, e la continuerà non può mai altrimenti esser fatta che per testamento. Il medesimo si dee dire per la rivocazione di questa istituzione; per la condizione, che vi si volesse aggiugnere, il che comprenderebbe nel tempo medesimo rivocazione per un caso, ed istituzione per l' altro; ed in fine per la sostituzione, la quale è una specie d' istituzione. Ma il fedecommesso d' una quota, od anche di tutta l'eredità potrà aver luogo per codicilli (1), e noi sappiamo che sotto Giustiniano il fedecommessario sarà sempre *loco heredis*. Del dritto civile non rimane, per così dire, che lo spettro.

III. Codicillos autem *etiam plures* quis facere potest, *et nullam solemnitatem ordinationis desiderant.*

3. Può alcuno fare *più codicilli*, *e non si ricerca nel farli alcuna solennità di forma.*

Etiam plures: Perciocchè i codicilli non contengono che legati, e fedecommessi; or il numero de' legati, e de' fedecommessi, che alcuno può fare, non è limitato; l' uno non distrugge l' altro, salvo che il testatore non abbia voluto così. Ciascun codicillo adunque non rivoca ne' precedenti se non quello che il testatore espressamente ha dichiarato voler rivocare, o quel che è inconciliabile con le nuove disposizioni (2). Per contrario il testamento contiene l' istituzione di erede, e questa istituzione abbraccia necessariamente tutta l'eredità, e però non vi possono esser due testamenti, ma l'uno sempre distrugge l' altro.

Nullam solemnitatem ordinationis desiderant. I codicilli nella loro origine non eran soggetti ad alcuna determinata forma. Essi erano delle tavolette, delle corrispondenze private. Più tardi si stabiliron delle regole per la forma di tali atti. Noi troviamo nel codice Teodosiano una costituzione degl' imperadori Costantino, e Costante (anno 326 di G. C.), la quale richiede l' intervenimento di sette, o di cinque testimoni pe' codicilli che non son preceduti da un testamento (3). Giustiniano finalmente richiede che per ogni e-

(1) Gai. 2. § 273. D. 29. 7. 2. § 4 f. Julian. e 6. pr. f. Marcian.— (2) Cod. 6. 36. 3. const. Diocl. e Maxim. — (3) « *In codicillis quos testamentum non*

pressione di ultima volontà, eccetto il testamento, debbano intervenir cinque testimoni. Del resto la volontà può esser dichiarata in loro presenza sia per iscritto, sia semplicemente a voce (1). E cosiffatte forme non sono delle solennità, non danno l'essere all' atto, ma son richieste unicamente per la pruova, perciocchè, se mancano, abbiam veduto che si può deferire il giuramento (pag. 509).

Se il testatore ha voluto fare un testamento, ma l'atto sia nullo come tale, o perchè le formalità non sieno state tutte osservate e compiute, o perchè l'istituzione d'erede che costituisce l'essenza del testamento non sia valida, o venga a mancare, l'atto nullo come testamento potrà almeno valere come codicillo? Esso non varrà come tale, se non quando il testatore espressamente l'abbia ordinato. Per esempio con queste parole riportate da Paolo: » *Hoc testamentum volo esse ratum quacumque ratione poterit* (2) » o con queste: » *Ea omnia fieri volo etiam jure ab intestato* (3); » *volo hoc etiam vice codicillorum valere* (4) »; » *pro codicillis etiam et valere* »; » *ut vice etiam codicillorum scriptura debeat obtinere* (5) », o con qualsivoglia altra espressione. Questa clausola non è mai sottointesa (6), salvochè ne' testamenti de' soldati (7). I comentatori l'han chiamata clausola codicillare (*clausula codicillaris*), questo nome però non appartiene al dritto romano. Ma s' intende bene che se la nullità proviene da un difetto di capacità del testatore, essa colpisce l'atto sì come testamento, che come codicillo (8).

Dell' apertura e della conservazione de' testamenti (9).

Il testamento è un titolo che crea e modifica de' dritti così diversi e gravi, che la sua apertura, il suo esame, la sua conservazione è importante per molte persone interessate, ed è considerata da' romani quasi come una faccenda pubblica. In fatti

praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet. . . Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. » C. Theod. 4. 4. 1. — (1) C. 6. 36. 8. § 3. Ved. anche C. 1. 3. 13. e D. 42. 1. 5. § 1. — (2) D. 28. 1. 29. f. Paul. — (3) D. 5. 2. 13. f. Scaev. — (4) D. 29. 1. 3. f. Ulp. — (5) C. 6. 36. 8. pr. e § 1. const. Theod. — (6) D. 28. 6. 41. § 3. f. Papin. — 29. 7. 1. f. Ulp. — (7) D. 29. 1. 3. const. Ulp. — (8) D. 5. 2. 13. f. Scaev. — (9) FONTI: Avanti Giustiniano

niuna privata transazione , niuna controversia giudiziaria nascente dal testamento non può esser conchiusa , o giudicata senza esaminare e conoscere i suoi precisi termini (1). E però il pretore avea con un editto regolata questa materia ; noi troviamo un titolo nel Digesto , ed un altro nel Codice di Giustiniano che vi sono spezialmente consacrati ; in fine Paolo nelle sue sentenze ci ha trasmesso intorno a tale argomento delle curiose particolarità.

§ 1° » In Roma , egli dice , l' apertura del testamento si fa con l' assistenza di tutti , o della maggior parte de' testimoni , che vi hanno apposti i loro suggelli ; riconosciuti i suggelli si rompe il filo , si legge il testamento, e se ne fa una copia (*describendi exempli potestas*) ; di poi vien bollato con pubblica impronta e depositato negli archivi , affinchè , se perisca la copia , se ne possano sempre far delle nuove (2) ».

§ 2° » I testamenti fatti ne' *municipi* , nelle colonie , negli *oppida*, nelle prefetture, ne' *vici*, nei *castella* , ne' conciliaboli debbono esser letti nel Foro , o nella basilica in presenza de' testimoni , o di onorevoli persone tra la seconda e la *decima ora* del giorno, di poi, estrattane una copia, il testamento sarà nuovamente suggellato da' magistrati , in presenza de' quali l' apertura si è fatta ».

§ 3° » Il voto della legge è che il testamento si apra subito dopo la morte del testatore ; e però , quantunque i rescritti abbiano variato a tal riguardo, l' apertura debbe aver luogo, se le persone son presenti, fra il terzo o il quinto giorno dalla morte, ovvero se sono assenti , nello stesso termine dopo il ritorno; in fatti è importante che gli eredi , i legatari , gli schiavi francati soffrano il minore indugio che sia possibile (4).

È ufficio del pretore il costringere coloro che hanno apposto i loro suggelli a comparire alla convocazione , affinchè veri-

Paul. Sent. 4. 6. *de vicesima.*—C. Theod. 4. 4.—Sotto Giustiniano, D. 29. 3. *Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur;* C. 6. 30. *Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur, et describantur.*—Dopo Giustiniano Basiliche 86. 6. περὶ διαθήκων ποίῳ τρόπῳ ἀνοίγονται, καὶ μεταγράφονται. (*De' testamenti come sono aperti, e trascritti*). — (1) D. 29. 3. 1. § 1. f. Gai.— (2) D. 29. 3. 1. § 1. f. Gai. — Ivi pr. — (3) Paul. Sent. 4. 6.

fichino i loro suggelli, o neghino di aver segnato il testamento (1). E sufficiente che intervenga la maggioranza di essi. Se tutti siano assenti, ed intanto vi sia dell' urgenza, il magistrato dovrà fare l' apertura in presenza di persone della più onorevole riputazione ; dopo che il testamento è stato riconosciuto , e se n'è fatta copia, è suggellato da quelli che hanno assistito all' apertura, ed inviato al luogo ove si trovano i testimoni assenti per la verificazione de' loro suggelli ; perciocchè non si obbliga il testimone assente a ritornare per l' apertura , ma si spedisce il testamento nel luogo dov' egli si trova (2).

Se vi ha dubbio intorno alla morte del testatore , il pretore dee decidere con cognizione di causa, e non permettere l'apertura del testamento , quando l' esistenza del testatore sia verificata (3).

La disposizione dell' editto è generale ; il pretore promette la facoltà di esaminare (*inspiciendi*) il testamento , o anche di prenderne copia (*describendi*) (4) a tutti coloro che lo richieggano , tanto in loro nome , quanto in nome altrui. Nondimeno vi sono alcune disposizioni , le quali non sono aperte , delle quali non è lecito prender conoscenza nè copia; come son quelle che il testatore ha voluto che non sieno aperte se non in un determinato tempo, o sotto una determinata condizione; le sostituzioni pupillari, quando sono state particolarmente suggellate ; o quelle parti del testamento che tendono a gittar dell' ignominia sopra qualcuno; ed infine l' indicazione del giorno o del console, per timore di falsificazione (5).

Se colui che ha le tavole del testamento ricusi di produrle fuori, vi sarà costretto; se egli nega di averle, il pretore darà contro di lui un interdetto speciale, *de tabulis exhibendis* (6). Quanto all' erede il quale pretende in questa qualità che le tavole del testamento appartengano a lui , come cosa dell' eredità , egli ha per ricuperarle la *vindicatio* ; e per giungere a questa rivendicazione l' azione *ad*

(1) D. 29, 3. 4. f. Ulp., e 5. f. Paul.— (2) D. 29. 3. 7. f. Gai.—(3) Ivi 1. pr. f. Cai.—(4) D. 29. 3. 8. f. Ulp. — (5) Ivi 2. § 6. f. Ulp. — Cod. 6. 32. 3. const Diocl. e Maxim. — (6) D. 29. 3. 2. § 8. f. Ulp. — D. 43. 5. segnatamente il framm. 1. che contiene i termini di questo interdetto.

exhibendum la quale non si dee confondere coll' interdetto, che precede (1).

La legge Papia Poppæa per uno scopo di fiscalità, e per aumentare la possibilità di caducità avea dato anche maggiore importanza a questa solennità dell' apertura del testamento. Così quanto alle eredità, avea vietato che si facesse l' adizione innanzi che l' apertura delle tavole fosse fatta (*ante apertas tabulas*) (2). Nondimeno pare che facesse eccezione rispetto all' erede *ex asse* cioè all' erede dell' intero (3). In fatti la mancanza d' un tale erede non avrebbe dato luogo ad una caducità profittevole, ma facendo cadere tutto il testamento, avrebbe semplicemente aperta la successione *ab intestato*: adunque non v' era nulla a guadagnare pel fisco. Quanto a' legati, essa avea differito fino all' apertura delle tavole l' epoca del *dies cedit* (4), come quì sopra abbiam detto (pag. 420). Giustiniano intorno ad amendue questi punti fa ritorno al dritto primitivo. L'erede potrà fare l' adizione anche innanzi che siano aperte le tavole, purchè abbia piena cognizione del suo dritto (V. quì sopra p.392); ed il *dies cedit* pei legati avrà luogo, come per addietro, alla morte del testatore, se si tratti di disposizioni pure e semplici (5).

Una costituzione di Teodosio, e di Valentino avea eziandio maggiormente accresciuta l' importanza di cosiffatta apertura del testamento stabilendo che, se un discendente istituito da un ascendente, o da una ascendente qualunque morisse prima di tale apertura, avendo avuto, o non avuto notizia della sua istituzione, trasmetterebbe a suoi propri figliuoli i suoi dritti di eredità (6). Di ciò avremo a ragionare fra poco trattando di questa trasmissione.

Azioni relative ai legati ed ai fedecommessi.

Pei legati noi abbiamo spiegato abbastanza come nell' antico dritto romano la formola adoperata per costituire il legato ne determinava la natura, e gli effetti, e per conseguenza eziandio l' azione conferita al legatario: l' azione reale *rei vindicatio* pel legato *per*

(1) D. 29. 3. 3. f. Gai. — 10. 4. 3 § 8. f. Ulp. — (2) C. 6. 51. *De caducis tollendis* 1. § 1. const. Justin. — (3) D. 22. 6. *De jur et fac. ign*. 1. § 4 f. Paul. — (4) Ulp. Reg. 24. § 31. — (5) C. 6. 51. *De cad. toll.* 1. § 1. — (6) C. 6. 52. *De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt*.

vindicationem; l' azione personale *condictio* pel legato *per damnationem*, o *sinendi modo*, e l' azione *familiae erciscundae* pel legato *per praeceptionem* (pag. 412).

Similmente abbiam veduto aver Giustiniano deciso che tutti i legati avrebbero una sola, e medesima natura, e che tutti i legatari, qualunque fossero le parole della disposizione, avrebbero tre azioni per esercitare i loro dritti:

1° L' azione reale (*rei vindicatio*), per mezzo della quale potevano ricuperare dalle mani di qualunque possessore la cosa che loro era stata lasciata in legato, e di cui erasi loro trasferita la proprietà per effetto del legato (1). Ben inteso che non ostante la generalità de' termini della costituzione di Giustiniano, quest'azione avrà luogo unicamente nel caso che sia stato possibile di trasferir la proprietà per effetto del semplice legato (pag. 416). Se si tratta di uno smembramento della proprietà, usufrutto, o servitù, l' azione reale è allora l' *actio confessoria* (pag. 164).

2° L' azione personale detta *actio*, o *condictio ex testamento* (2), o semplicemente *actio legati* (3), la quale si dà contro l' erede incaricato del legato per ottenerne la prestazione, alla quale è personalmente obbligato.

3° In fine l' azione ipotecaria (*hypothecaria actio*) risultante dal dritto di pegno o ipoteca legale, che Giustiniano da al legatario per garentia del suo legato sulle cose ereditarie pervenute alla persona gravata del legato (4).

Nel caso particolare che la prestazione del legato non può richiedersi immediatamente, cioè se il legato è a termine (*a die*), o sotto condizione (*sub conditione*), o se essendo puro e semplice vi sia un impedimento all' immediato rilascio, per esempio, una contestazione, il pretore per garentire in questo mezzo al legatario la conservazione de' suoi dritti, ha introdotto in suo favore una facoltà speciale. Egli hà il dritto di domandare che colui il quale è incaricato del legato gli dia una *satisdazione*, cioè una sicurtà per via di fidejussori, per la conservazione del legato (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio*) (5), e se non si dà

(1) C. 6. 43 1.; e 3. § 2. const. Justin. — (2) D. 30. 1° 69. § 5. f. Gai.; e 82. pr. f. Julian. — 32. 3° 29. § 3. f. Lab. — (3) D. 35. 2. 75. f. Marcel. — (4) C. 6. 43. 1. const. Justin. — (5) D. 36. 3° *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.* — C. 6. 54.

questa sicurtà, il legatario è messo in possesso de'beni del defunto (1).

L'erede dall'altro lato può avere in materia di legati diversi dritti a far valere, ed a questo fine vari mezzi, la cui esposizione particolare e minuta ci menerebbe troppo per le lunghe.

Così per ottenere la quarta che la legge Falcidia gli attribuisce, egli ha l'eccezione del dolo (*doli mali*) contro l'azione del legatario per tutto quello di cui il legato debb'essere scemato (2). E se il legato trovasi di già in possesso del legatario, l'erede può avere, secondo i casi, o una *rei vindicatio*, o un' *actio ad exhibendum*, o una *condictio indebiti*, o un'*actio in factum* (3).

Vi è eziandio un caso particolare che merita d'esser notato, se il legatario facendosi giustizia da se medesimo si fosse di propria autorità messo in possesso del legato, il pretore dava all'erede un interdetto volgarmente chiamato, secondo che ci dice Ulpiano, l'interdetto *quod legatorum*, lo scopo del quale era di costringere il legatario alla restituzione (*ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi* (4).

Riguardo a' fedecommessi, i fedecommessari non aveano altra volta per ottenerne il rilascio che un ricorso straordinario al console, o al pretore specialmente incaricato di questa materia con la missione d'interporre la sua autorità, e di fare osservare i fedecommessi (5); ma sotto Giustiniano, se si tratta di cose particolari, il fedecommessario ha le medesime azioni che il legatario, e se si tratta di eredità fedecommessaria egli ha una specie di petizione di eredità, che è stata accomodata al suo dritto *fideicommissaria hereditatis petitio* (6); e l'azione utile di divisione (*utilis familiae erciscundae*) (7).

(1) D. 36. 4. *Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat.*—C. 6. 54.—(2) D. 35. 2. 16. f. Scaev.—(3) D. 32. 2. 26. f. Scaev. 10. 4. 5. § 1. f. Ulp.—25. 2. 1. § 11. f. Paul.—C. 6. 50. 1. const. Sever. et Anton. e 9. const. Gord. — 31. 2º 77. § 2. f. Pap. — (4) D. 43. 3. *Quod legatorum* 1. f. Ulp.—Cod. 8. 3. *Quod legatorum.* — (5) Gai. 2. 278. — (6) D. 5. 6. — (7) D. 10. 2. 24. § 1. f. Ulp. — 40. 1. f. Gai.

REASSUNTO DEL LIBRO SECONDO

(Titolo XX. a XXV.)

LEGATI. — FEDECOMMESSI. — CODICILLI.

De' legati. — Loro natura.

Il legato, la cui etimologia è *legare, legem testamenti dicere* è definito nelle Instituzioni: *una specie di donazione lasciata da un defunto.* — La parola donazione (*dono datio*) non deve intendersi nel senso che il legato operi sempre una *datio*, cioè un trasferimento di proprietà, perciocchè può intervenire ch' esso conferisca de' semplici dritti di credito; ma bisogna intenderla nel senso generale di liberalità: in fatti la liberalità, il dono è un carattere essenziale ed indispensabile del legato.

Il legato in dritto romano è grandemente distinto e separato dall' istituzione di erede. L' istituzione ha per oggetto di far passare la persona giuridica del defunto sull' istituito; il legato conferisce solamente de' dritti di proprietà, di servitù, od altri dritti reali, ovvero de' dritti di obbligazione. L'erede è il continuatore della persona; il legatario non è altro che un acquirente di beni, o di credito.

Un altro carattere essenziale del legato nel vero dritto romano è che il legato è una legge (*lex, legatum*) imposta dal testatore all' erede istituito. Differendo in ciò radicalmente dalle altre disposizioni, che avrebber potuto esser confidate dal defunto alla buona fede o del suo successore o di altra persona, senza far legge per queste tali persone, e che per tal ragione si addomandavano fedecommessi (*fideicommissa*).

La materia de' legati che nel dritto romano, stando la Repubblica, fu secondo questi principii rigorosamente trattata, dopo alcuni temperamenti sotto gl' imperatori, è in tutto modificata, e snaturata da Giustiniano. I legati ed i fedecommessi sono assomigliati, e fusi insieme, e queste due materie sono ancora esposte separatamente nelle instituzioni per sola cagione di maggior chiarezza, e per una certa storica ricordanza. Vi sono eziandio de' casi in cui il legatario ottiene in parte, e sino ad un certo punto la continuazione della persona del defunto.

Come può farsi il legato.

Il legato anticamente si poteva fare solo nel caso di eredità testamentaria, nel testamento medesimo, e dopo l'istituzione; perciocchè egli è necessario che il testatore crei un erede innanzi che gli possa imporre una legge. Sotto Augusto esso può farsi per via di codicilli connessi con un testamento. Sotto Giustiniano poco importa il suo posto sia innanzi, sia dopo l'istituzione. Esso può eziandio aver luogo nel caso di eredità *ab intestato*, quantunque non vi sia alcun testamento, perciocchè allora esso vale come fedecommesso.

Una volta le parole eran consacrate. Senza le formole giuridiche del dritto civile (*civilia verba*), la disposizione non sarebbe stata una legge per l'erede, cioè un legato, e la differenza delle formole adoperate attribuiva a' legati una natura, una estensione, e degli effetti al tutto differenti (*legata per vindicationem; per damnationem; sinendi modo; per praeceptionem*). Siffatta distinzione de' legati modificata successivamente dal S. C. Neroniano, dalle costituzioni di Costantino II., di Costanzo, e di Costante che abolirono le formole sacramentali, è in tutto tolta via da Giustiniano: qualunque sieno le espressioni del testatore, i legati avranno tutti la medesima natura generale, e produrranno i medesimi effetti, almeno per quanto la cosa legata il comporti.

(*Dies cedit, dies venit*). E regola Catoniana.

Due principi fondamentali dominano nella materia de' legati, ed esercitano la loro influenza sopra un gran numero di quistioni riguardanti o le persone, o le cose, o gli effetti e la validità de' legati: bisogna dunque porre innanzi tutto la loro esposizione.

Il primo di siffatti principi sta nelle regole sul *dies cedit* ed il *dies venit*, espressioni generali e figurate le quali si possono applicare ad ogni acquisto di dritti, e segnatamente alle obbligazioni. Quì, in materia di legati la prima *dies cedit*, significa che il dritto eventuale al legato è fissato a vantaggio del legatario, e che la scadenza comincia ad avvicinarsi; la seconda *dies venit*, la quale non s'incontra ne' testi adoperata spezialmente pe' legati, ma ha una significazione generale, indica che la scadenza, l'esigibilità è venuta.

Il *dies cedit* ha luogo pe' legati puri e semplici o a termine certo al giorno della morte.

Questa regola era stata modificata dalla legge *Papia Poppaea* che avea differita l'epoca del *dies cedit* fino all'apertura delle tavole del testamento (*ex apertis tabulis*); ma Giustiniano ritorna al dritto primitivo.

Pei legati condizionali, o a termine equivalente ad una condizione, cioè

a dire a termine incerto, il *dies cedit* ha luogo quando la condizione si è adempiuta.

Quanto al *dies venit* esso ha luogo dopo l'adizione, ed oltre a questo allorchè il termine è giunto o la condizione è adempiuta, se il legato sia a termine o condizionale.

È errore il credere che il *dies cedit* abbia importanza ed effetto unicamente riguardo alla trasmissibilità del dritto agli eredi del legatario; perciocchè esso è importante, ed ha effetto:

1º Sulla determinazione delle persone, alle quali il legato sarà acquistato;

2º Sulle cose, delle quali il legato si compone; essendochè al *dies cedit* si fissa il dritto tanto relativamente alle persone, quanto relativamente alle cose;

3º Sulla trasmissione del dritto: il quale effetto può tuttavia non aver luogo, se il legato ha per oggetto un dritto non trasmessibile per sua natura;

4º Finalmente in alcuni casi sulla perdita, o conservazione medesima del dritto legato.

Vi ha certi casi particolari, ne'quali la determinazione del *dies cedit* si allontana dalle regole generali, e richiede una speciale attenzione. Noi citeremo: 1º il legato fatto allo schiavo del testatore; 2º il legato di usufrutto, di uso, di abitazione, o altri diritti esclusivamente personali.

Il secondo principio sta nella *regola Catoniana* così detta perchè fu definitivamente formolata da Catone il Vecchio o forse dal suo figliuolo.

Questa regola vuole che ogni legato che sarebbe stato nullo, se il testatore fosse morto subito dopo la formazione del testamento, non possa valere, qualunque sia tempo in cui la morte del testatore sia avvenuta, e qualunque sieno gli avvenimenti sopravvenuti dopo la formazione del testamento fino alla morte; di tal che, per giudicare della validità d'un legato, sia mestieri di supporre il testatore morto subito dopo fatto il testamento, e vedere, se in questa ipotesi il legato sarebbe stato valido.

La regola Catoniana per la sua medesima natura non è applicabile nè ai legati condizionali, nè a tutti quelli, pei quali il *dies cedit* non ha luogo alla morte del testatore.

Essa parimente non è fatta per le istituzioni di erede, le quali sono per verità soggette alle medesime conseguenze, ma per vigore di altri principi.

Persone che figurano ne' legati: Da chi; A carico di chi; Ed a chi si può lasciare in legato.

Quegli solamente poteva fare un legato; il quale aveva la fazione di testamento; e di più, anticamente, solo colui che testava, perciocchè non vi poteva esser legato fuori dell'eredità testamentaria.

Similmente, anticamente, poteva lasciarsi un legato solamente a carico dell'erede istituito, così non si poteva legare nè a carico d'un legatario (*a legatario*

legari non potest), nè a carico dell' erede *ab intestato*. In fatti il testatore non poteva imporre una legge (*legatum*) se non a colui ch'egli medesimo creava suo erede, cioè continuatore della sua persona.

Questi due punti sono compiutamente modificati sotto Giustiniano, percioccbè la disposizione varrà sempre come fedecommesso.

In fine non si può lasciare in legato se non a coloro coi quali si ha la fazione di testamento. Bisogna dunque riportarsi a quello che di già si è detto su questo proposito parlando delle istituzioni di erede, ed alle innovazioni di Giustiniano relativamente alle persone incerte ed ai postumi.

Non si può legar puramente, e semplicemente allo schiavo del padrone istituito, ma si può al padrone dello schiavo istituito; si può parimenti tanto nel primo che nel secondo caso, ove si tratti di legato condizionale: questa differenza si spiega combinando i principi sul *dies cedit* con quelli della regola Catoniana.

Oggetti de' legati; cose che possono esser lasciate in legato.

Si può lasciare in legato:

La cosa del testatore, quella dell' erede o di altri, purchè il testatore abbia saputo la cosa esser d' altri. Ben inteso che in quest' ultimo caso il legato conferisce non la proprietà, percioccbè il testatore non l' aveva, ma sibbene un dritto di credito, un' azione contro l'erede, perchè questi dia la cosa ovvero la sua valuta;

Le cose che attualmente esistono, o le future, purchè vi sia la possibilità che esistano nell' avvenire;

Le cose corporali, o incorporali, o de' fatti, degli atti che l' erede può esser condannato a fare, o a soffrire, o a non fare.

Tra i legati di cose incorporali sono da notare: i legati di usufrutto, di servitù, di liberazione (*legatum liberationis*), di credito (*legatum nominis*). Questi due ultimi son dominati dalla regola che in dritto romano un' obbligazione non può altrimenti estinguersi, che ne' modi giuridici, in cui siffatto legame si discioglie e non può esser trasferita, neppur consentendo le parti, da una persona all' altra.

Adunque il legato di liberazione non opera l' estinzione, nè il legato di credito il trasferimento dell' obbligazione; il legatario non può pervenire ad ottenere il benefizio che il testatore ha voluto procurargli, se non per via di eccezioni, o di azioni contro l' erede.

Le cose legate possono essere o determinate eziandio nel loro individuo (*in specie*) o determinate solamente quanto al loro genere (*in genere*). Sotto quest' ultimo rispetto si dee ben distinguere ciò che i Romani chiamano il legato di genere (*legatum generis*) dal legato d' ozione (*legatum optionis*), e notare le importanti modificazioni arrecate da Giustiniano a quest' ultimo legato. Esse possono essere o cose particolari (*res singularis*), o cose d' aggregazio-

ne, d' universalità (*universitas*), come un gregge, un peculio, un fondo fornito de' suoi strumenti (*si grex, si peculium, si fundus instructus, vel cum instrumento legatur*). (Ved. su queste divisioni delle cose la nostra Gener. num. 47 e 48, t. I. p. 87 e seg.).

Da ultimo il legato può essere eziandio d' una quota dell' eredità. Cosiffatto legato addomandasi *partitio*, ed il legatario *legatarius partiarius*. Nei principi del vero dritto romano il legatario essendo un semplice acquirente di beni, o di crediti, e non già un continuatore della persona giuridica, non succedeva, anche in questo caso, ad alcuna azione attiva, o passiva. L'erede, ed il legatario parziario non altrimenti pervenivano a regolare tutti i loro dritti e a farsi rispettivamente ragione, che col mezzo di reciproche stipulazioni dette *stipulationes partis, et pro parte*, sul guadagno, o la perdita risultante da' crediti e debiti ereditari da dividersi proporzionatamente tra loro (*de lucro et damno pro rata parte communicando*). Sotto Giustiniano siffatto legato si confonde col fedecommesso d' eredità, e le azioni attive o passive si dividono di pieno dritto tra l' erede ed il legatario parziario. Il legatario ha per la sua parte, e fino ad un certo punto la continuazione della persona!

Non possono lasciarsi in legato: le cose che non sono in commercio; nè i fatti illeciti; nè la cosa che già appartiene al legatario; donde la conseguenza che non gli si può lasciare ciò che gli è dovuto a titolo di credito, salvochè il legato non gli sia per qualche riguardo più vantaggioso che il credito.

Perdita, accrescimento, o diminuzione della cosa legata.

I principi sul *dies cedit* regolano, e fan chiara tutta questa materia; perciocchè i dritti eventuali del legatario si fissano sulla cosa tal quale essa è al tempo del *dies cedit*.

Se la cosa legata perisce, vivendo il testatore, o per accidente, o pel fatto di chicchessia, il legato svanisce, perchè non ha più oggetto. Esso non sussiste neppure per ciò che ne rimane, o che è accessorio della cosa; essendochè la perdita dell' oggetto principale trae con se l'estinzione del legato anche riguardo agli accessori.

Ma è diversamente se si tratti di oggetti distinti, ed aventi ciascuno la propria individualità; l' uomo a questo riguardo non è mai considerato l' accessorio di un'altro, nè il figliuolo l'accessorio della madre, nè il vicario l'accessorio dello schiavo ordinario.

Se la cosa perisce dopo la morte del testatore per colpa, o anche pel semplice fatto dell' erede, questi dee un' indennità al legatario. Ma se la perdita è avvenuta senza suo fatto, è tutta a danno del legatario. Nondimeno se la perdita è sopravvenuta dopo il *dies cedit*, i dritti del legatario sussistono sugli avanzi, o accessorii della cosa.

Se si tratti di una cosa di aggregazione, di universalità, per esempio di

un gregge d' un peculio, bisogna prenderla tal quale si trovava al *dies cedit*, per conseguenza gli oggetti che di poi per avventura vi fossero aggiunti, non vi sono compresi. A questo riguardo è da distinguere tra il legato del peculio fatto allo schiavo del testatore, e quello fatto ad un estraneo, perchè il *dies cedit* non ha luogo al medesimo tempo pei due casi. Ben inteso che l'accrescimento sopravvenuto come prodotto o effetto delle cose medesime vi è sempre compreso.

Modalità de' legati.

Intendonsi per modalità di un dritto le modificazioni, che cadono sulla sua medesima esistenza, sull' estensione, sull'esecuzione, e che costituiscono per questo dritto altrettanti diversi modi, altrettante diverse maniere di essere. La condizione (*conditio*), il modo propriamente detto (*modus*), cioè la destinazione dell' oggetto legato indicata al legatario, ed il termine (*dies*) sono altrettante modalità de' legati. Notate, a riguardo della condizione la cauzione Muziana (*Muciana cautio*), la quale si applica così a' legati, come alle eredità; A riguardo del modo (*modus*), le differenze che lo dividono dalla condizione, essendochè quello non sospende, come questa, l'effetto della disposizione; Finalmente riguardo al termine, quella regola comune a'legati ed alle eredità: *dies incertus conditionem in testamento facit.* Il legato fatto con somigliante termine: « Dopo la morte, o la vigilia della morte dell' erede, o del legatario » era inutile; ma con questo: « Quando il mio erede, o quando il legatario morrà » era valido. Giustiniano toglie via queste sottili distinzioni. La disposizione in questi diversi casi sarà ugualmente valida.

Il legato a titolo di pena (*poenae nomine legatum*) è una specie particolare di legato condizionale: la condizione è imposta non già al legatario, al quale è fatta la liberalità, ma all' erede, a colui che dovrà eseguire la disposizione e che ne è gravato, pel caso che non obbedirà alla condizione, cosicchè siffatto legato gli è imposto per punirlo di non aver adempiuta la condizione, ed è come un mezzo di costringimento. Siffatta disposizione altra volta era inutile; ma Giustiniano la dichiara valida. Essa differisce sempre dal legato condizionale ordinario, in quanto che qui la condizione impossibile o illecita non è reputata non iscritta, ma per contrario annulla il legato.

Si vuol bene avvertire a non confondere le modalità con ciò che dicesi: 1° la *dimostrazione;* 2° la *determinazione*, o limitazione; 3° la *causa*. Lo scopo della dimostrazione è di mostrare, di meglio indicare o la persona alla quale si lascia, o la cosa che è lasciata in legato: applicate qui la regola: *falsa demonstratio legatum non perimit.* Lo scopo della determinazione, o limitazione è di segnare i confini, i limiti entro a' quali la persona, a cui il testatore ha voluto legare, o la cosa, che ha voluto lasciare in legato, debbono esser ristrette; fuori di questi non vi è più volontà del testatore. Da ultimo in quanto all' indicazione della *causa* cioè del motivo che ha potuto indurre il testatore a fare il legato, vi è ancora questa regola generale: *Neque ex falsa causa legatum infirmatur.*

Invalidamento, rivocazione, trasferimento de' legati.

Rimanendo valido il testamento può intervenire che il tale o tal altro legato sia invalidato o dal principio, o di poi. Questa materia, per rispetto a' legati ha grande analogia, quantunque con qualche lieve diversità, con la stessa materia per rispetto a' testamenti.

Ciò posto può intervenire:

1° Che il legato sia nullo dal principio, perchè manchi o nella persona del legatario, o nell'oggetto, o nella forma, o in altro, di qualcuna delle condizioni giuridiche indispensabili alla sua validità. Esso allora è *nullum ab initio*, *pro non scripto, inutile*.

2° Che il legato quantunque valido al tempo della formazione, svanisca per difetto di oggetto; se innanzi al *dies cedit* la cosa legata venga a perire, ad esser messa fuori commercio; se il testatore si faccia pagare il credito lasciato in legato.

3° Che il testatore muti volontà; ed in conseguenza rivochi il legato (*adimere legatum, ademptio*); ovvero lo trasferisca ad altra persona (*transferre legatum, translatio*), il che comprende nel tempo medesimo rivocazione da una parte, e nuovo legato dall' altra. La rivocazione (*ademptio*) può non solamente essere espressa, ma risultare eziandio da certi fatti: per esempio se il testatore cancelli la disposizione (*inducere quod scriptum est*), se alieni la cosa legata.

4° Che il legatario manchi al suo legato (*deficere*). La qual mancanza può aver luogo o perchè il legatario si muoia o perda la fazione di testamento prima del *dies cedit*, o perchè rifiuti il legato (*legatum destitutum*).

5° Da ultimo che il legato quantunque valido in origine, e fissato a vantaggio del legatario all' epoca del *dies cedit*. gli sia tolto per cagione d' indegnità (*ereptorium*, o *ereptitium*; *quae ut indignis eripiuntur*).

Ed oltre a ciò si dee avvertire che la sorte de' legati è connessa con quella dell' istituzione di erede, e che se il testamento è invalidato per qualsivoglia cagione (*ruptum*, *irritum*, o *destitutum*), i legati ugualmente sono invalidati.

Fuori delle regole generali del dritto civile le leggi Julia e Papia Poppaea aveano introdotto delle cagioni di speziali incapacità di ricevere contro i celibi (*caelibes*), e i cittadini senza figliuoli (*orbi*), come delle occasioni di decadenza per le liberalità testamentarie. Le disposizioni, o istituzioni di erede, o legati, le quali quantunque valide, secondo il dritto civile, erano così colpite di decadenza per le leggi Julia e Papia Poppaea si addomandarono *caduca*, e quelle che ad esse furono assomigliate *in causa caduci*. Giustiniano toglie via e l' una cosa e l'altra. Ma le parole di *caducità*, o *disposizioni caduche* scostate dalla loro origine storica son passate ne' comentatori, e nel linguaggio del dritto moderno con una significazione generale e come applicabili a tutte quelle disposizioni, le quali essendo valide da principio cadono di poi per la perdita della cosa o pel venir meno del legatario (Codice civile articolo 1039 a 1043) (a). Ma questo non è il senso in cui sono adoperate nel dritto romano.

(a) Artic. 994 a 998 delle nostre leggi civili.

Dritto di accrescimento tra i collegatari.

Un legato invalidato per qualsivoglia ragione o dall'origine, o di poi, per regola generale, torna a guadagno di colui che n'era gravato, non pertanto delle particolari circostanze possono trasferire ad altri il profitto di cotale invalidamento, come sarebbe a dire il dritto di accrescimento tra i collegatari, ed il *jus caduca vindicandi* della legge PAPIA POPPAEA.

Si addomandano collegatari (*colegatarii*) in generale tutti coloro a' quali una medesima cosa è stata legata in un medesimo testamento. I Romani distinguono due modi, ne' quali questo può avvenire: o congiuntamente (*conjunctim*), se il legato si contiene in una sola e medesima disposizione; o disgiuntamente (*disjunctim*), se vi sono nel testamento altrettante disposizioni separate, quanti sono i legatarj. Più tardi sotto la legge PAPIA POPPAEA si attribuisce eziandio un certo effetto al caso in cui la medesima cosa sia stata legata a più persone, ma con assegnazione di parti per ciascuna, la qual cosa dà luogo alla triplice divisione indicata da Paolo di congiunti *re tantum*, o *re et verbis*, o *verbis tantum*, quantunque in quest'ultimo caso i legatari non siano effettualmente in alcun modo collegatari.

Riguardo al dritto di accrescimento tra collegatari si dee accuratamente distinguere tre epoche: 1° l'epoca della distinzione de' legati in quattro classi, ma anteriormente alla legge PAPIA POPPAEA; qui la quistione è da esaminarsi rigorosamente dalle conseguenze medesime de' termini della formola; aggiungendovi questo principio giuridico che i crediti (*nomina*), da che si trovano attribuiti in comune a più persone, si dividono di pieno dritto per la loro sola natura; il che non ha luogo pei dritti di proprietà. 2° L'epoca della legge JULIA e PAPIA POPPAEA. Qui si vuol ben distinguere dal dritto di accrescimento il *jus caduca vindicandi* introdotto da queste leggi riguardo ai *caduca* o alle disposizioni che ad essi sono assomigliate, e notare attentamente l'ordine, nel quale è attribuito il dritto di rivendicare le cose caduche, dritto che più tardi da Caracalla per intero è attribuito al fisco. 3° Da ultimo l'epoca di Giustiniano, il quale sopprimendo le quattro classi di legati, ed i *caduca*, e le disposizioni *in causa caduci*, forma nondimeno un sistema di fusione, nel quale in mezzo alle nuove disposizioni si riconoscono le tracce di ciascuno de' precedenti sistemi.

Della legge Falcidia.

La legge Falcidia vieta che i legati oltrepassino i tre quarti de' beni ereditari. In conseguenza dee sempre rimanere all'erede almeno un quarto, altrimenti egli ha il dritto di ridurre i legati fino alla debita concorrenza: e questo dai Romani addomandasi la quarta (*quarta*), o semplicemente la Falcidia (*Falcidia*).

Se vi ha più eredi, si tien ragione di ciascuno di essi isolatamente, facendo astrazione dagli altri, in guisa che ciascuno si abbia la quarta della sua porzione.

Per fare il calcolo si dee considerare il patrimonio tal quale era nel momento della morte, e fatta astrazione dagli accrescimenti o diminuzioni sopravvenute di poi.

La legge Falcidia ebbe per iscopo di prevenire l'abbandono de' testamenti, che gli eredi soverchiamente gravati di legati non avrebber mancato di fare, e che avrebbe fatto cader con essi tutte le altre disposizioni. Il benefizio di questa legge fu col tempo, e successivamente esteso ad altre materie, per le quali la legge Falcidia non era stata fatta: alle eredità fedecommessarie, ai fedecommessi eziandio *ab intestato*, alle donazioni a causa di morte, alle donazioni tra conjugi, e da ultimo nella querela di testamento inofficioso, dove ha ingenerato la teorica della porzione legittima.

Fedecommessi.

Un fedecommesso nel senso più generale è una disposizione di beni, alla quale manca qualcuna delle condizioni necessarie, secondo il dritto civile, per costituire una istituzione di erede o un legato, e della quale il defunto incarica il suo erede sia testamentario, sia *ab intestato*, o qualunque altra persona, a cui lascia qualche cosa.

Queste disposizioni, da principio mancando del carattere obbligatorio del dritto civile hanno la forma di preghiere, e son confidate alla buona fede del gravato (*fideicommissa*). Sotto Augusto cominciano ad essere obbligatorie, e può per via straordinaria domandarsene giudizialmente l'esecuzione (*persecutio*).

I fedecommessi corrispondono in certa guisa alle istituzioni di erede, o ai legati. Alle istituzioni di erede, allorchè hanno per oggetto l'eredità, o una quota dell'eredità (*fideicommissaria hereditas*); ai legati allorchè hanno per oggetto tutt'altro che una quota parte dell'eredità: per esempio una cosa determinata sia nel suo genere, sia nella sua specie, la libertà, o anche una cosa di universalità, come sarebbe un gregge, un peculio, etc. (*fideicommissum singulae rei*).

La materia de' fedecommessi non è regolata da' principi rigorosi del dritto civile, ma da questa massima che essi emanano dalla volontà del defunto; e però dalla intenzione di lui debbono attinger la loro forza.

Secondo il dritto civile l'erede incaricato per fedecommesso di restituire tutta o parte dell'eredità (l'erede fiduciario, *heres fiduciarius*) non resta meno erede, egli solo continua la persona giuridica del defunto; quegli al quale si fa la restituzione (il fedecommissario, *fideicommissarius*) rimane estraneo a questa persona.

Per rimediare agl'inconvenienti di questa posizione, e per obbligare a tenersi reciprocamente conto de' crediti e de' debiti ereditari, l'erede, ed il fedecommessario non hanno altro mezzo che di simulare una vendita totale, o parziale dell'eredità, e di fare tra loro le stipulazioni, che in somigliante caso interverrebbero (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*). A quest'epoca il fedecommessario non è altrimenti considerato, che come un acquirente dell'eredità (*loco emptoris*).

Più tardi sopravvengono: il senato-consulto TREBELLIANO, per vigore del quale le azioni si dividono di pieno dritto tra l'erede fiduciario, ed il fedecommessario; quest'ultimo allora è considerato come un'erede (*loco heredis*); di poi il senato-consulto PEGASIANO, che dà facoltà all'erede di fare sul fedecom-

messo dell'eredità la ritenuta della Falcidia, come se si trattasse di legato; il fedecommessario nel caso di questa ritenuta è assomigliato ad un legatario (*loco legatarii*), ed allora intervengono tra lui e l'erede a riguardo de' crediti e de'debiti ereditari le medesime stipulazioni che tra l'erede ed un legatario parziario (*stipulationes partis et pro parte*).

Giustiniano riunisce in uno i due senato-consulti, sotto il nome del primo. L'erede avrà sempre dritto di fare la ritenuta della Falcidia, e le azioni in tutti i casi si divideranno di pieno dritto tra lui ed il fedecommessario.

Del rimanente Giustiniano fonde insieme la materia de' legati, e de' fedecommessi assomigliando l'una all'altra queste due spezie di disposizioni, e volendo che l'una prenda dall'altra ciò che ciascuna può avere di più vantaggioso. Nondimeno il legato diretto, ed il fedecommesso della libertà continuano a differire ne' loro effetti.

Codicilli.

Il Codicillo è un atto di ultima volontà che non è un testamento. La sua origine è intimamente connessa con quella de' fedecommessi; queste son due idee correlative: l'uno è la disposizione, l'altro l'atto che la contiene. L'uso del codicillo è approvato sotto Augusto nel tempo medesimo che i fedecommessi ricevono una sanzione dall' autorità pubblica. Esso è di grandissima utilità in una legislazione come la romana, nella quale secondo il dritto civile per la *menoma disposizione* si era obbligato di fare o di rifare il testamento.

I codicilli sono: o *ab intestato*; in questo caso le loro disposizioni non possono essere che fedecommessi; o connessi con un testamento sia anteriore, sia posteriore, del quale seguono la sorte. In quest'ultimo caso si vuol distinguere se son confermati nel testamento, o no. Se son confermati (il che può aver luogo sia in *futurum*, sia in *praeteritum*), possono contenere legati, rivocazioni di legati, nomine di tutori, e parimente fedecommessi; ma giammai istituzioni o rivocazioni di erede. Se non sono confermati non possono contenere che fedecommessi.

I codicilli a principio non eran soggetti ad alcuna forma. Costantino richiede l'intervenimento di sette o di cinque testimoni. Giustiniano ne richiede cinque. Ma cotali forme non sono solennità indispensabili all'esistenza della disposizione; in caso che la disposizione sia negata, si può deferire il giuramento.

Ciascuno facendo il suo testamento può aggiugnere che se si trovi nullo come testamento, è sua volontà che valga almeno come codicillo: e ciò i commentatori han chiamato *clausola* codicillare.

Apertura e conservazione de' testamenti.

Questa materia era regolata da un editto del pretore: il testamento si apriva in presenza di tutti, o della maggior parte de' testimoni che l'aveano segnato, se ne faceva una copia, ed era depositato negli archivi. Oltre a questo l'editto prometteva a tutti coloro che il richiedevano la facoltà di esaminarlo, e prenderne copia, tranne soltanto le disposizioni, che per eccezione doveano rimaner segrete.

La legge Papia Poppaea per l'adizione dell'eredità, e pel *dies cedit* de' legati, e più tardi una costituzione di Teodosio e di Valentiniano per la trasmissibilità del dritto di eredità conceduta a' discendenti del testatore diedero vie maggiore importanza a quest'apertura delle tavole del testamento (*apertae tabulae*).

Azioni relative a' legati, ed a' fedecommessi.

Nell'epoca della distinzione de' legati secondo le formole, il legatario avea: la *rei vindicatio* nel caso del legato *per vindicationem*; la *condictio* in quello del legato *per damnationem*, o *sinendi modo*; e l'azione *familiae erciscundae* pei legati *per praeceptionem*.

Sotto Giustiniano il legatario avrà a sua scelta: 1° l'azione reale (*rei vindicatio*), salvochè il legato non abbia per oggetto una cosa cosiffatta che il trasferimento della proprietà non abbia potuto aver luogo; 2° l'azione personale (*actio*, o *condictio* ex *testamento*, o semplicemente *actio legati*); e 3° infine l'azione ipotecaria (*hypothecaria actio*).

Nel caso che l'esecuzione del legato debba esser sospesa, il pretore dà al legatario il dritto di esigere sicurtà per la conservazione de' suoi dritti (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio*).

L'erede dal suo canto, se il legatario di propria autorità siasi messo in possesso del legato, ha per farselo restituire l'interdetto *Quod legatorum*.

I fedecommessi particolari danno, sotto Giustiniano, le medesime azioni che i legati; e per le eredità fedecommessarie vi è la *fideicommissaria hereditatis petitio*, e l'azione *utilis familiae erciscundae*.

FINE DEL SECONDO LIBRO E DEL SECONDO TOMO.

TAVOLA DEL TOMO SECONDO

LIBRO SECONDO.